

AVTALELOVEN § 38

—

GYLDIGHETEN AV KONKURRANSEKLAUSULER

Kandidatnummer: 225

Leveringsfrist: 10.04.2008

Til sammen 39 929 ord

10.04.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Introduksjon og emnet	1
1.2	Begreper	3
1.3	Tema og avgrensninger	4
<u>2</u>	<u>RETTSKILDER.....</u>	<u>7</u>
2.1	Forarbeider	7
2.2	Rettspraksis – underrettspraksis og voldgiftspraksis	7
2.3	Dansk og svensk rett.....	9
<u>3</u>	<u>AVTALELOVEN § 38 – INNLEDNING.....</u>	<u>10</u>
3.1	Historisk bakgrunn.....	10
3.2	Innledende fremstilling av avtaleloven § 38	12
3.2.1	Innledning	12
3.2.2	Første ledd	12
3.2.3	Andre ledd	14
3.2.4	Tredje ledd.....	15
<u>4</u>	<u>REGULERINGEN I SVERIGE OG DANMARK.....</u>	<u>16</u>
4.1	Reguleringen i Sverige.....	16
4.2	Reguleringen i Danmark.....	18
<u>5</u>	<u>HENSYNENE BAK BESTEMMELSEN.....</u>	<u>19</u>
5.1	Generelt	19

5.2	Første ledd	19
5.3	Andre ledd	21
5.4	Tredje ledd	22
<u>6</u>	<u>OM KRAVENE TIL AVTALE OG FORM.....</u>	<u>23</u>
6.1	Om kravet til avtale.....	23
6.2	Om kravet til form.....	24
<u>7</u>	<u>DE KUMULATIVE VILKÅRENE.....</u>	<u>26</u>
7.1	Vilkårenes anvendelsesområde	26
7.2	Konkurranseshensyn	27
7.3	”Ta plads i eller drive forretning eller virksomhet av en viss art”	29
7.3.1	”Av en viss art”	29
7.3.2	”Ta plads i eller drive forretning eller virksomhet”	32
7.3.3	Klausuler som faller utenfor § 38	33
7.3.3.1	Kundeklausuler	33
7.3.3.2	Medarbeiderklausuler.....	36
7.3.3.3	Blandede klausuler	37
7.3.3.4	Taushetsplikt	38
7.3.3.5	Bindingstidsklausuler.....	39
<u>8</u>	<u>TOLKING AV KLAUSULER - HVEM ER PARTER OG HVILKE AKTIVITETER ER OMFATTET</u>	<u>40</u>
8.1	Innledning	40
8.2	Hvem får konkurranseklausuler virkninger for	40
8.2.1	Partene	40
8.2.1.1	Virksomhetsoverdragelse	41
8.2.2	Rettsvirkninger for andre enn dem klausulen er ”inngått” mellom	44
8.3	Hvilke aktiviteter er omfattet av konkurranseklausuler	48
8.3.1	Generelt	48

8.3.2	Konserner.....	50
8.3.3	Foretakssalg	52
9	<u>PARAGRAF 38 FØRSTE LEDD</u>	56
9.1	Forholdet mellom de alternative vilkårene i første ledd.	56
9.2	”Strække sig længer end paakrævet”	57
9.2.1	Innledning.....	57
9.2.2	Rettighetshavers behov for vern	58
9.2.2.1	Rettighetshavers konkurransemessige interesse.....	58
9.2.2.2	Den enkelte forpliktete	62
9.2.2.3	Markedet	63
9.2.2.4	Fare for konkurranse fra andre enn den forpliktete	63
9.2.2.5	Bortfall av beskyttelsesverdig interesse	64
9.2.3	Utstrekning i tid	66
9.2.4	Geografisk utstrekning.....	70
9.2.5	Andre momenter	71
9.3	”Urimelig innskærnker hans adgang til erhverv”	72
9.3.1	Innledning.....	72
9.3.2	Partenes interesser	73
9.3.3	Samfunnets interesser	76
9.3.4	Kompensasjon	77
9.3.5	Geografisk utstrekning.....	79
9.3.6	Utstrekning i tid	81
9.3.7	Inngåelsestidspunktet.....	83
9.3.8	Standardavtale – individuell utforming	84
9.3.9	Andre momenter	84
10	<u>PARAGRAF 38 ANDRE LEDD</u>	86
10.1	Innledning	86
10.2	Begrepene ”indehaveren” og ”ansat”	86
10.3	Underordnet ansatt.....	87
10.4	Grenselinjen mellom første og andre ledd.....	90

10.5	"Er ansat"	91
10.6	"En viss tid etterat"	92
10.7	Unntaket i andre punktum	93
10.7.1	Innsikt i kundekrets eller forretningshemmeligheter.....	94
10.7.2	"Betydelig grad at skade indehaveren"	96
10.8	Unntak fra unntaket.....	97
<u>11</u>	<u>PARAGRAF 38 TREDJE LEDD</u>	<u>99</u>
11.1	Innledning	99
11.2	Hvilke avtaler er regulert av tredje ledd	100
11.3	"Ansatt i anden stilling"	100
11.4	Betydningen av hvem som har avsluttet arbeidsforholdet.....	104
11.5	"Innehaveren siger ham op, uten at han har git rimelig grund til det"	104
11.5.1	Rimelighets- eller saklighetsvurderingen.....	105
11.5.2	Forhold av betydning for rimelighetsvurderingen	106
11.5.3	Forhold hos arbeidstaker som kan medføre opprettholdelse av konkurranseklausuler	107
11.6	"Han selv fratræder, og indehaveren har git ham rimelig grund til det"	109
11.7	Avskjed og heving.....	113
11.8	Etterfølgende forhold i oppsigelsestiden.....	115
11.9	Virksomhetsoverdragelse og reservasjonsretten	118
11.10	Konkurs.....	120
11.11	Bevisbyrde.....	122
<u>12</u>	<u>VIRKNINGER AV AT KONKURRANSEKLAUSULER ER I STRID MED § 38</u>	<u>124</u>
12.1	Virkningene etter første ledd.....	124

12.2	Virkningene etter andre ledd.....	125
12.3	Virkningene etter tredje ledd	126
12.4	Vederlaget	127
13	<u>ENKELTE SÆRLIGE SPØRSMÅL</u>	130
13.1	Konkurransesklausulers stilling ved midlertidige ansettelse	130
13.2	Bestemmelsens preseptoriske karakter	132
13.3	Regulering av konkurransesklausuler i standardregler mellom arbeidslivsorganisasjoner.....	134
14	<u>AVSLUTNING</u>	136
15	<u>LITTERATURLISTE</u>	137
16	<u>LOVREGISTER</u>	143
16.1	Norske lover	143
16.2	Opphevede norske lover	144
16.3	Danske lover	144
16.4	Svenske lover.....	145
16.5	EU-direktiver	145
17	<u>FORARBEIDER.....</u>	146
17.1	NOU	146
17.2	Odelstingsproposisjoner.....	146
17.3	Innstillinger fra Stortinget	147
17.4	Andre forarbeider.....	147

17.5	Danske forarbeider	147
17.6	Svenske forarbeider	148
<u>18</u>	<u>DOMS – OG KJENNELSESREGISTER.....</u>	<u>149</u>
18.1	Norske avgjørelser	149
18.1.1	Høyesterett.....	149
18.1.2	Rettens Gang.....	149
18.1.3	Norsk arbeidsrettslig domssamling	150
18.1.4	Lagmannsrettene - utrykte	150
18.1.5	Tingrettene – utrykte.....	151
18.2	Danske avgjørelser	151

1 Innledning

1.1 Introduksjon og emnet

Å verne sin kunnskap er av stor betydning for nesten alle virksomheter som opptrer i et marked preget av konkurranse; Å ligge et hestehode foran konkurrentene kan i stor grad påvirke muligheten for å lykkes.

For å verne forspranget eller unngå at andre får tilgang til den kunnskap en har, velger en rekke foretak å benytte seg av konkurranseklausuler. Klausulene kan brukes overfor ansatte, overfor selger ved salg av foretak, i aksjonæravtaler, ved ulike former for samarbeidsavtaler og lignende.¹ Ved å begrense mulighetene for den forpliktete til å konkurrere, kan en hindre at informasjon som anses viktig, kommer uvedkommende i hende. En konkurranseklausul kan også virke som en ”bindingstidsklausul”. Klausulen hindrer da at arbeidstakeren bytter jobb, ved at han ikke fritt kan gå til andre potensielle arbeidsgivere og derfor blir hos nåværende arbeidsgiver.

Mot virksomhetens behov for vern står den forpliktetes interesse i å selv kunne bestemme over sin egen fremtid og hvordan en ønsker å benytte sin kunnskap. Vedkommende vil ikke alltid ha full oversikt over hva konkurranseklausulen vil innebære, hvilke virkninger den vil få og hvor store begrensinger den vil medføre for fremtiden. Når arbeidstakeren velger en jobb, er tankene rettet mot den og ikke mot hva som vil skje når han eventuelt slutter. Konkurransseklausulen kan sette begrensinger for den videre yrkeskarrieren, og kan få både økonomiske og faglige følger for den forpliktete.

At konkurranseklausuler kan være inngripende for den forpliktete, var årsaken til at lovgiver allerede i 1918 valgte å regulere visse konkurransebegrensende avtaler i

¹ Se Bugge s. 135.

avtaleloven § 38. Bestemmelsen setter grenser for hvilke klausuler lovgiver mente burde være tillatt, både generelt og spesielt overfor arbeidstakere.

Avhandlingens tema er § 38 og de begrensinger den oppstiller for konkurranseklausulers gyldighet. I det følgende vil vilkårene for at bestemmelsen skal komme til anvendelse og de vilkårene bestemmelsen oppstiller for konkurranseklausulers gyldighet bli behandlet. Videre vil jeg drøfte virkningene av at den avtalte klausul er i strid med § 38.² I tillegg vil jeg drøfte enkelte problemstillinger som ikke er direkte knyttet til § 38, men som er av betydning for vurderingen av konkurranseklausuler og forholdet til § 38. Hovedfokuset i avhandlingen er konkurranseklausuler inngått mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Det inngås et stort antall konkurranseklausuler i tilknytning til ansettelsesforhold, hvilket gjør § 38 aktuell i den forbindelse. I tillegg er andre og tredje ledd begrenset til å gjelde konkurranseklausuler inngått mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, og vurderingen av disse er derfor kun aktuell for avtaler inngått mellom disse partene.

Også konkurranseklausuler inngått mellom selger og kjøper i forbindelse med et fortakssalg³ vil bli drøftet. Man antar at partene i slike tilfeller er mer jevnbyrdige, og at dette kan ha innvirkning på vurderingen av konkurranseklausulen sammenlignet med arbeidstaker/arbeidsgiversituasjonen.⁴ Foretakssalgssituasjonen omfattes kun av første ledd.

Konkurranseklausuler kan også inngås i andre forbindelser enn ved foretakssalg og arbeidsforhold, og hver situasjon kan ha sitt særpreg.⁵ Imidlertid tillater avhandlingens

² Virkningene av at en gyldig klausul er overtres, er ikke regulert av § 38 og faller av den grunn utenfor avhandlingens tema.

³ Jeg bruker begrepet foretakssalg når det gjelder salg og kjøp av foretak generelt og begrepet virksomhetsoverdragelse når spørsmålet er knyttet opp mot reglene om virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljøloven.

⁴ Poulsen s. 255.

⁵ Det er ingen forutsetning for at konkurranseklausuler gyldig skal kunne avtales at konkurranseklausulen er knyttet opp til en annen avtale, men det er det normale, se Utkastet s. 92.

ramme ikke en behandling av alle situasjoner og jeg har derfor valgt å behandle de to situasjonene som fremstår som mest aktuelle og som sammen vil vise bredden i bestemmelsen.⁶

1.2 Begreper

Avtaleloven § 38 benytter ikke begrepet konkurranseklausul. Bestemmelsen angir bare vilkårene for når den kommer til anvendelse. Paragraf 38 kommer kun til anvendelse på avtaler som regulerer den forpliktedes adgang til å ”ta plads i eller drive forretning eller virksomhet av en viss art”. Avtalen må i tillegg være begrunnet i konkurransehensyn.⁷ Forarbeidene bruker betegnelsen konkurranseforbud på denne type avtaler, men jeg vil i det følgende hovedsakelig bruke betegnelsen konkurranseklausul. Nedenfor vil jeg kort påpeke noen forhold som kjennetegner en konkurranseklausul.

I forarbeidene er et konkurranseforbud beskrevet som en avtale der rettighetshaveren krever at den forpliktede ikke skal ”etablere nogen konkurrerende bedrift eller træde ind i nogen konkurrerende forretning”.⁸ Klausulen begrenser den forpliktedes adgang til å foreta aktiviteter som ”kan få negative konsekvenser for andres næringsvirksomhet”.⁹ En konkurranseklausul innebærer altså en negativ forpliktelse for den som blir bundet.¹⁰ Den forpliktede skal unnlate å foreta visse handlinger. Dette gjelder både for arbeidstakere og for selgere ved foretakssalg.¹¹

⁶ De momentene som fremheves i det følgende kan også være relevante i tilknytning til konkurranseklausuler i andre type kontraktsforhold, og rettspraksis knyttet til andre avtaletyper vil bli benyttet i avhandlingen for å belyse momenter og lignende.

⁷ Den nærmere forståelsen av vilkårene vil bli drøftet i avsnitt 7.

⁸ Se Utkastet s. 18.

⁹ Se Borch s. 17.

¹⁰ Se Haaskjold s. 219-220 og Adlercreutz/Flodgren s. 13.

¹¹ Se for eksempel Rt. 2001 s. 301 (LB-2000-3622), arbeidstaker, og LB-2002-2780, foretakssalg.

Klausulen kan også innebære forpliktelser for den andre part, til for eksempel å yte et vederlag, men det er ikke et vilkår for at det skal foreligge en konkurranseklausul i § 38s forstand.¹²

Det finnes typer av klausuler som har likhetstrekk med konkurranseklausulene, men som faller utenfor avtaleloven § 38 ettersom de ikke oppfyller lovens vilkår om å ”ta plass i eller drive forretning eller virksomhet av en viss art” eller de er ikke begrunnet i konkurransehensyn. Grensene for hvilke klausuler som faller utenfor og innenfor bestemmelsen, vil bli behandlet under kapittel 7.

”Arbeidstaker” vil oftest bli brukt som betegnelse på ”forpliktete”, og ”arbeidsgiver” eller ”foretaket” som betegnelse på ”rettighetshaver” i avhandlingen. Ved foretakssalg vil ”selger” bli brukt som betegnelse på ”forpliktete”, mens ”kjøper” vil bli brukt for ”rettighetshaver”.¹³ Dersom annet ikke er særskilt påpekt, vil tilsvarende som regel gjelde for begge situasjoner, med forbehold om at det ved foretakssalgssituasjonene som regel vil være et større rom for partenes egen vurdering av behovet for regulering ved avgjørelsen av gyldigheten av klausulen.¹⁴

1.3 Tema og avgrensninger

Temaet for avhandlingen er først og fremst avtaleloven § 38 og vilkårene bestemmelsen oppstiller for vurderingen av gyldigheten av konkurranseklausuler. Spesielt knyttet til konkurranseklausuler inngått i arbeidsforhold eller i forbindelse med foretakssalg, som nevnt i avsnitt 1.1.

¹² Se Adlercreutz/Flodgren s. 18.

¹³ Kjøper kan også bli bundet av en konkurranseklausul, for eksempel hvis kjøperen forplikter seg til å avstå fra andre typer virksomhet, men det er oftest selger som er forpliktet.

¹⁴ Tilsvarende er antatt i dansk teori, se Poulsen s. 255.

Paragraf 38 (1) gjelder også for konkurranseklausuler som regulerer arbeidstakerens adgang til å konkurrere mens han er ansatt i virksomheten. Dette vil ikke bli behandlet. Arbeidsgiveren har som regel gode grunner for å beskytte seg mot konkurranse fra arbeidstakerne mens de er ansatt, og det skal meget til før denne type klausuler blir satt til side. Selv om disse konkurranseklausulene ikke vil bli behandlet eksplisitt, er momentene som blir gjennomgått under § 38 (1) også av betydning ved vurderingen av disse klausulene.

I forarbeidene til § 38 (2) er det påpekt at leddet ikke kommer til anvendelse på konkurranseklausuler som gjelder mens arbeidstakeren er ansatt. Begrunnelsen er at en arbeidsgiver må kunne forlange at arbeidstakeren kun jobber for han. Lovgiver fant av den grunn ikke grunnlag for å innskrenke arbeidsgivers mulighet til å begrense arbeidstakerens rett til å konkurrere mens ansatt.¹⁵ Tredje ledd kommer heller ikke til anvendelse på klausuler som gjelder mens arbeidstakeren er ansatt, da leddet regulerer konkurranseklausulers stilling ved oppsigelse.

Agenturloven § 34 regulerer også uttrykkelig gyldigheten av konkurranseklausuler og kan være et moment ved tolkingen av § 38.¹⁶ Bestemmelsen vil imidlertid ikke bli drøftet her. Paragraf 34 er en særregel og regulerer kun gyldigheten av konkurranseklausuler inngått med agenter, og faller dermed utenfor avhandlingens hovedtema.

Begrensinger i adgangen til å konkurrere kan også følge av andre grunnlag. Den alminnelige lojalitetsplikt setter grenser for arbeidstakerens mulighet til å konkurrere med arbeidsgiveren, både under og til dels etter avslutningen av arbeidsforholdet.¹⁷ Det er også

¹⁵ Se Utkastet s. 95

¹⁶ I LE-1996-362 ble agenturloven § 34 av mindretallet brukt som et moment ved tolkingen av § 38 i et agentlignede forhold.

¹⁷ Se for eksempel Jakhelln (2006) s. 303 flg. om det ulovfestede alminnelige lojalitetskravet i arbeidsforhold, og Nazarian om lojalitetsplikten i kontraktsforhold generelt, arbeidskontrakten er behandlet på s. 346-350. Se Borch/Fougner s. 68 flg. om begrensninger i arbeidstakers adgang til å konkurrere grunnet den alminnelige lojalitetsplikten. Se også TOSLO-2004-78614 der retten bemerker ”at avtaleloven § 38 antas kun å gjelde avtalefestede konkurranseklausuler og at bestemmelsen dermed ikke kommer til anvendelse ved illojalitet i

skranker for adgangen til å konkurrere i særskilt lovgiving, som markedsføringsloven regler¹⁸ og straffeloven § 294 nr. 2 om forretningshemmeligheter. Denne type begrensninger faller utenfor avhandlings tema. Begrensninger i gyldigheten av avtalte konkurranseklausuler kan også følge av annen lovgiving, som konkurranseloven § 10.¹⁹ Også denne type lovbestemmelser faller utenfor avhandlingens tema.²⁰

arbeidsforhold.” (Avgjørelsen er ikke rettskraftig, men vil likevel bli brukt for å belyse momenter i vurderingen.)

¹⁸ §§ 1, 7 og 8.

¹⁹ Se Fougner (1999) s. 235-236, der han drøfter § 3-3 i den gamle konkurranseloven, som i dag er erstattet av § 10, se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 225.

²⁰ Selv om bestemmelsene faller utenfor avhandlingens tema kan de ha betydning for tolkingen av § 38 eller for vurderingen av konkurranseklausulers gyldighet.

2 Rettskilder

2.1 Forarbeider

Paragraf 38 ble vedtatt med avtaleloven i 1918, og det ble kun foretatt mindre språklige endringer i den i forbindelse med innføringen av avtaleloven § 36 i 1983.²¹ Forarbeidene er fra begynnelsen av 1900-tallet.²² Det kan derfor reises spørsmål om hvilken vekt eldre forarbeider skal ha ved tolkingen av bestemmelsen.²³ Situasjonen da loven ble vedtatt har endret seg, blant annet har arbeidstakervernet bedret seg siden begynnelsen av 1900-tallet, og det er også andre typer arbeid som dominerer i dag.²⁴

I Rt. 2006 s. 1025, som gjaldt § 38 (3), ble det argumentert med at forarbeidene var gamle og derfor burde tillegges ”begrenset” vekt. Høyesterett påpekte derimot at forarbeidene ”har flere uttalelser av betydning for tolkingen”, og Høyesterett tilla forarbeidene tung vekt sammen med bestemmelsens ordlyd. Dette viser at forarbeidene fortsatt er relevante og kan ha betydelig vekt.

2.2 Rettspraksis – underrettspraksis og voldgiftspraksis

Avtaleloven § 38 har vært behandlet av domstolene en rekke ganger, men det foreligger lite rettspraksis fra Høyesterett. Derimot er det et større antall avgjørelser fra tingretter og

²¹ Se Ot.prp. nr. 5 (1982-83) s. 40 og NOU 1979: 32 s. 57.

²² Se Ot.prp. nr. 63 (1917). Utkastet ble avgitt fra komiteen 31. desember 1913, se Utkastet s. 6.

²³ Se for eksempel Eckhoff s. 73 og Nygaard s. 44-45 og s. 195-199 om forarbeiders generelle relevans. For faktorer som kan påvirke vekten av forarbeider, se Boe s. 187-188.

²⁴ Se Bergeius Andersen (2002) s. 140 der det påpekes at § 38 er et produkt av en helt annen tid.

lagmannsretter. Når det gjelder bruken av såkalt underrettspraksis, er det uenighet i teorien om hvilken rettskildemessig vekt den har.²⁵

Det er flere grunner som taler for at underrettspraksis bør tillegges en viss grad av vekt ved tolkingen av § 38. For det første er det som nevnt en rekke avgjørelser fra de lavere domstolene, og sammenholdt med det begrensede antall avgjørelser fra Høyesterett taler dette for at underrettspraksis bør tillegges en viss vekt.²⁶ Forarbeidene drøfter ikke alle problemstillingene som kan oppstå. I tillegg henviser juridisk teori i tilknytning til § 38 er i stor grad til den underrettspraksisen som foreligger, og det er derfor naturlig å gå til primærkilden. Det er også fremhevet i juridisk teori at en bør kunne basere seg på underrettspraksis på lik linje med juridisk litteratur.²⁷ Underrettspraksis vil derfor bli brukt i avhandlingen for å belyse momenter som kan være av betydning ved tolkingen av § 38 og for å illustrere ulike problemstillinger.

Når det gjelder voldgiftsavgjørelser, er vekten av avgjørelsene mer uavklart enn for underrettspraksis. Det knytter seg til voldgiftsavgjørelsens tilgjengelighet og offentliggjøring, som ikke er like gjennomført som for avgjørelser fra tingrettene og lagmannsrettene. I tillegg er det som regel ikke rom for anke. Men når situasjonen er slik at avgjørelsene er gjort tilgjengelige, er det ingen avgjørende grunn til å ikke anvende disse avgjørelsene på lik linje med underrettspraksis.²⁸

²⁵ Se Boe s. 248-249 og Eckhoff s. 162. Fleischer er særlige skeptisk til betydningen av underrettsdommer, se s. 269 flg.

²⁶ Se Nygaard s. 210.

²⁷ Se l.c.

²⁸ Se ibid. s. 326-327 for vurdering av voldgiftspraksis som rettskilde, med henvisning til annen teori.

2.3 Dansk og svensk rett

Avtaleloven er et resultat av et skandinavisk lovsamarbeid på obligasjonsrettens område.²⁹ Samarbeidet mellom komiteene fra de tre landene førte til at loven i stor grad ble likelydende. I den norske § 38 er det imidlertid enkelte særegenheter sammenlignet med den danske og svenske.

Svenske og danske kilder er relevante rettskilder, det fremgår både av rettspraksis og teori.³⁰ Når bestemmelsen om konkurranseklausuler i tillegg er et resultat av et lovsamarbeid, kan rettskildene få en særlig vekt, og kan også være av tungtveiende betydning, siden rettsenhet er et av formålene med samarbeidet.³¹ Spørsmålet er så om ulikhetene i bestemmelsen påvirker betydningen de svenske og danske kildene har. De delene av bestemmelsen der det er stor grad av likhet mellom landene, må utgangspunktet være at de utenlandske kildene har full relevans. Der det er større ulikheter, må de svenske og danske kildene kunne være av betydning hvis det er forhold som tilsier at kildene kan bidra til forståelsen av den norske bestemmelsen.³²

Et annet forhold som kan redusere betydningen av danske og svenske kilder, er forskjellene i arbeidstakernes rettigheter i de ulike landene. Danmark har et svakere rettighetsvern for arbeidstakere enn Norge.³³ Dette kan tilsi en viss forsiktighet ved anvendelsen av spesielt de danske kildene, ved at domstolene eller teorien kanskje kan ha kompensert for et dårligere vern ved å utvide vernet etter § 38. Likevel bør ikke dette være avgjørende for anvendelsen av verken svenske eller danske kilder.

²⁹ Se Ot.prp. nr. 63 (1917) s. 1.

³⁰ Se for eksempel Rt. 1988 s. 276, Eckhoff s. 290, Hagstrøm s. 78 og Nygaard s. 220; "Vårt poeng er at når lovene i slike tilfelle er tilnærma likelydende, kan gjeldende rett i eit anna nordisk land vera relevant tolkingsbidrag ved tolking av den norske lovteksten" med henvisning til blant annet avtaleloven.

³¹ Se for eksempel Rt. 1988 s. 276 og Eckhoff s. 290. Ønsket om ensartethet ble også vektlagt ved endringen av § 38 ved innføringen av den nye § 36, se NOU 1979: 32 s. 57.

³² En nærmere redegjørelse av regulering i Sverige og Danmark, se kapittel 4.

³³ Se Fougner (2007) s. 127-128.

3 **Avtaleloven § 38 – innledning**

3.1 Historisk bakgrunn

Rettspraksis viser at konkurranseklausulers gyldighet var en aktuell problemstilling også forut for vedtakelsen av avtaleloven § 38.³⁴ Før avtaleloven § 38 ble vedtatt i 1918, var det imidlertid ingen bestemmelse som uttrykkelig regulerte gyldigheten av konkurranseklausuler. Konkurranseklausuler kunne være ugyldige i medhold av NL 5-1-2 dersom de stred mot ærbarhet.³⁵ Bestemmelsen er uklar og vag og ga få holdepunkter for vurderingen av slike klausuler, og den forpliktete var dårlig hjulpet. Det skulle mye til før en konkurranseklausul ble satt til side.

Avtalelovens ugyldighetsregler ble vedtatt for å beskytte den antatt svakere part i et avtaleforhold mot det misbruk som kontraktsfriheten kan innebære. I forarbeidene er konkurranseforbud fremhevet som et område der faren for misbruk er særlig fremtredende, og § 38 ble vedtatt for å redusere denne faren. Bestemmelsen skal ivareta en rekke ulike hensyn, blant annet arbeidstakerens grunnleggende rett til å benytte seg av sin adgang til erverv og samfunnets interesse i at arbeidskraft ikke legges øde.³⁶

³⁴ For eksempel Rt. 1916 s. 977 der Høyesterett vurderte et erstatningskrav i tilknytning til et konkurranseforbehold vedtatt av en fabrikkmester i forbindelse med ansettelse i en tobakksfabrikk, og Rt. 1921 s. 73 der Høyesterett satte en konkurranseklausul til side med den begrunnelse at arbeidsgiveren ikke hadde oppfylt sine forpliktelser overfor arbeidstakeren.

³⁵ Se Utkastet s. 18.

³⁶ Se Utkastet s. 18 og 91.

I tillegg til å være en vernebestemmelse var avtaleloven § 38 også det første eksemplet på en generell kontraktsregulering av avtaler mellom arbeidstaker og arbeidsgiver som gjaldt alle arbeidstakere uansett stilling.³⁷

Avtaleloven § 38 sto uendret frem til vedtakelsen av den nye § 36 i avtaleloven i 1983. Bestemmelsen ble vurdert opphevet, men ble opprettholdt. Begrunnelsen var at § 38 ga en mer ”detaljert og presis regulering av ugyldighetssituasjonen” enn de andre ugyldighetsbestemmelsene som ble opphevet, og det var dermed ønskelig å beholde den.³⁸ Det ble likevel foretatt noen språklige endringer for å få en mer enhetlig språkbruk i loven. Ordene ”utilbørlig” og ”ubillig” ble endret til ”urimelig”.³⁹

Paragraf 38 er også i dag aktuell. Det fremgår både av antall saker som har vært for domstolene og gjennom undersøkelser angående utbredelsen av konkurranseklausuler.⁴⁰ Endringene og utvikling fra et industrisamfunn til et tjeneste- og informasjonssamfunn har trolig også gjort det mer aktuelt med konkurranseklausuler. Kunnskap og informasjon er nøkkelen til suksess, og virksomhetene har et behov for å beskytte disse verdiene.⁴¹

³⁷ Det første eksemplet på arbeidsrettslig regulering som omfattet alle arbeidstakere på land, med unntak av ansatte i landbruk og offentlig forvaltning, er arbeidervernloven av 1936, se Evju (2007) s. 141.

³⁸ Se Ot.prp. nr. 5 (1982-83) s. 39-40.

³⁹ Se NOU 1979: 32 s. 57.

⁴⁰ Ved et raskt søk på www.lovdatab.no får en opp over 80 avgjørelser i tilknytning til § 38, og mange av dem er fra de siste 20-30 årene. Se også Bergeius Andersen (2002) s. 140. Visendi gjennomførte på vegne av NITO i 2006 en undersøkelse der det fremgår at ca 10 % hadde forbud mot å ta jobb i et konkurrerende firma. Se også <http://forbruker.no/jobbogstudier/job/article1347220.ece> (publisert 11.06.06) [sitert 5.april 2008]. For utbredelsen i Sverige, se Adlercreutz/Flodgren s. 15 og 21-23, og Ds 2002: 52 s. 426.

⁴¹ Adlercreutz/Flodgren s. 15-16.

3.2 Innledende fremstilling av avtaleloven § 38

3.2.1 Innledning

Grunnsteinen i avtaleretten er partenes avtalefrihet. Avtaleloven § 38 begrenser denne retten blant annet for å beskytte den antatt svake part mot det misbruk avtalefriheten kan medføre.⁴²

Nedenfor vil det kort bli skissert hva de ulike leddene regulerer. Den nærmere drøftelsen og forståelsen av leddene vil bli presentert i kapittel 7 og 9-11, og virkningene av at leddene er overtrådt i kapittel 12.

Bestemmelsen består av tre ledd, som har et delvis overlappende anvendelsesområde. De er i utgangspunktet uavhengige av hverandre, det vil si at selv om konkurranseklausulen ikke er strid med første ledd, kan den være ugyldig etter andre eller bortfalle etter tredje ledd, og omvendt.

3.2.2 Første ledd

Første ledd i § 38 lyder som følger:

”Har nogen gaat ind paa, at han av konkurransehensyn ikke skal ta plads i eller drive forretning eller virksomhet av en viss art, binder vedtagelsen ham ikke, forsaavidt den urimelig indskrænker hans adgang til erhverv eller maa anses for at strække sig længer end paakrævet for at verne mot konkurranse. Ved avgjørelsen av, om vedtagelsen urimelig indskrænker den forpligtedes adgang til erhverv, skal hensyn tages ogsaa til den betydning, det har for den anden part, at avtalen opretholdes”.

For at bestemmelsen skal komme til anvendelse, er det i første ledd angitt to vilkår som begge må være oppfylt. For det første må avtalen være begrunnet i ”konkurransehensyn”, og for det andre må den regulere den forpligtedes mulighet til å ”ta plads i eller drive

⁴² Se Utkastet s. 18.

forretning eller virksomhet av en viss art.” Disse to vilkårene gjelder for hele bestemmelsen, selv om de ikke er uttrykkelig nevnt i andre og tredje ledd.⁴³ Det er kun i det tilfelle klausulen oppfyller disse vilkårene, at klausulens gyldighet kan vurderes i forhold til de andre vilkårene i leddet. Imidlertid er det ikke et krav om at det foreligger et brudd på den avtalte konkurranseklausulen for at første ledd, eller ett av de to andre leddene, skal komme til anvendelse.⁴⁴

Hvis det er fastslått at bestemmelsen kommer til anvendelse, kan alle konkurranseklausuler vurderes etter første ledd. Det er uavhengig av hvem som er part i avtalen, om det er en fysisk eller juridisk person.⁴⁵ Det vil si at for eksempel konkurranseklausuler inngått med handelsagenter eller i tilknytning til et foretakssalg kan settes til side i medhold av dette leddet.⁴⁶ På hvilket tidspunkt konkurranseklausulen er inngått og om den binder en arbeidstaker under ansettelsen eller etter at arbeidsforholdet er opphørt er også uten betydning for om bestemmelsen kommer til anvendelse.⁴⁷

I første ledd er utgangspunktet for vurderingen at konkurranseklausulen er gyldig, og det er en eventuell ugyldighet av klausulen som må begrunnes.

Bestemmelsen henviser til en avveining mellom arbeidstakerens interesse i å kunne ta ansettelse i eller starte konkurrerende virksomhet og det behov for vern mot konkurranse rettighetshaveren kan ha. Dette er kommet til uttrykk i to alternative vilkår, om at klausulen ikke urimelig skal innskrenke den forpliktedes mulighet til erverv, og at klausulen ikke skal strekke seg lenger enn det som påkrevet av hensyn til virksomhetens behov (se avsnitt 9.2-9.3).

⁴³ Se avsnitt 7.1.

⁴⁴ Se Kvalsnes note 3.

⁴⁵ Se Utkastet s. 90 og Kvalsnes note 2.

⁴⁶ Konkurranseklausuler inngått med handelsagenter er også regulert av agenturloven § 34, jf. avsnitt 1.3.

⁴⁷ Se Kvalsnes note 2 og 3.

3.2.3 Andre ledd

I andre ledd heter det:

”Er avtalen indgaat mellem indehaveren av en bedrift og nogen, som er ansat i bedriften som lærling, kontorist, betjent, arbeider eller i lignende underordnet stilling og gjælder den en viss tid, efterat ansættelsen er ophørt, er forpligtelsen ikke bindende for den underordnede. Er ansættelsen av den art, at den gir den ansatte indblik i indehaverens kundekreds eller forretningshemmeligheter, og han derhos kunde benytte dette indblik til i betydelig grad at skade indehaveren, skal forpligtelsen dog være bindende for den underordnede, forsaavidt ikke dette i urimelig grad vil vanskeliggjøre hans adgang til erhverv eller strækker sig længer end paakrævet for at verne mot konkurranse”.

For at leddet skal komme til avendelse må klausulen oppfylle de kumulative vilkårene som følger av første ledd.

Andre ledd har et snevrere anvendelsesområde enn første ledd, siden det kun kommer til anvendelse for arbeidstakere som har en underordnet stilling. Det er angitt noen stillingskategorier som er å regne som underordnede, men det er ingen uttømmende oppstilling, jf. ”eller i lignende underordnet stilling”.⁴⁸ Er konkurranseklausulen inngått med en arbeidstaker som er underordnet, er utgangspunktet at klausulen ikke er gyldig.

Fra dette utgangspunktet er det oppstilt et unntak i andre punktum. Har arbeidstakeren innblikk i arbeidsgiverens forretningshemmeligheter eller kundekrets og kan benytte denne informasjonen til i å ”betydelig grad at skade” innehaveren, er en tilbake i ”normalsituasjonen”. Det må da vurderes om konkurranseklausulen i ”urimelig grad vil vanskeliggjøre [arbeidstakerens] adgang til erhverv eller strækker sig længer end paakrævet for at verne mot konkurranse”.⁴⁹ Hvis klausulen i urimelig grad vanskeliggjør adgangen til erverv eller strekker seg lengre enn påkrevet, vil den endelige konklusjon bli at arbeidstakeren likevel ikke er bundet av konkurranseklausulen.

⁴⁸ Se Utkastet s. 94.

⁴⁹ Jf. siste del av andre punktum.

3.2.4 Tredje ledd

Tredje ledd lyder slik:

”Har nogen, som er ansat i anden stilling i en bedrift, paatat sig slik forpligtelse, gjælder den ikke, hvis indehaveren siger ham op, uten at han har git rimelig grund til det, eller hvis han selv fratræder, og indehaveren har git ham rimelig grund til det ved at undlate at opfylde sine forpligtelser.”

Tredje ledd forutsetter for at leddet skal komme til anvendelse at de kumulative vilkårene i første ledd er oppfylt. Bestemmelsen er rettet mot personer som er ”ansat i anden stilling”, det vil si de som ikke er i underordnet stilling. Bestemmelsen inneholder to ulike alternativer for når konkurranseklausulen ikke er bindende overfor arbeidstakeren. Det første alternativet retter seg mot de tilfellene der arbeidstaker blir sagt opp, mens andre alternativ retter seg mot de tilfellene arbeidstaker selv sier opp sin stilling. Det avgjørende etter begge alternativene er at oppsigelsen kan tilbakeføres til forhold hos arbeidsgiveren og ikke arbeidstakeren. Etter ordlyden er dette en absolutt bestemmelse, og ordlyden åpner ikke for noen rimelighetsvurdering tilsvarende den i første og andre ledd.

4 Reguleringen i Sverige og Danmark

Nedenfor vil reguleringen av konkurranseklausuler i svensk og dansk rett i tilknytning til § 38 kort bli gjennomgått.

4.1 Reguleringen i Sverige

I Sverige lyder § 38 i avtalslagen slik:

”Har någon för att förebygga konkurrens betingat sig av annan att denne icke skall bedriva verksamhet av visst slag eller icke taga anställning hos någon som bedriver sådan verksamhet, är den som gjort utfästelsen icke bunden därav i den mån utfästelsen sträcker sig längre än vad som kan anses skäligt.”

Avtalslagen § 38 i Sverige ligner avtaleloven § 38 (1) i Norge. Gyldigheten av konkurranseklausuler både for arbeidstakere og ved foretakssalg reguleres av bestemmelsen. En regulering som tilsvarende andre ledd i den norske bestemmelsen ble imidlertid utelatt. Dette ble gjort av den svenske komiteen, etter at det hadde kommet innspill til den foreslåtte bestemmelsen.⁵⁰ En bestemmelse tilsvarende vårt tredje ledd var foreslått fra komiteens side, men det svenske Lagrådet mente at dette var en for spesiell bestemmelse til å være med i avtalslagen og valgte å ta den ut.⁵¹

Avtalslagen § 38 ble også i Sverige endret ved innføringen av ny § 36.⁵² Endringene ble gjort fordi lovgiver ønsket å utvide mulighetene til å lempe konkurranseklausulene, og var

⁵⁰ Se Uttalelsene fra den svenske komiteen s. 163-164. Se også Utkastet s. 95.

⁵¹ Se Proposition nr. 83 s. 40. Se også Adlercreutz/Flodgren s. 43-44.

⁵² Endret ved Lag 1976:185.

mer omfattende enn i Norge og Danmark.⁵³ Paragraf 38 fikk en annen ordlyd. ”Skäligt” gir uttrykk for en interesseavveining med mindre klare momenter, og vurderingen er dermed blitt mindre konkret, sammenlignet med Norge og Danmark. Ønsket var ikke å endre selve grunnlaget for bedømmelsen, men å øke mulighetene for lemping ved å vise at det var en ren interesseavveining.⁵⁴ I tillegg ville lovgiveren gi et utvidet anvendelsesområde til de prinsipper som den såkalte 1969-overenskomsten ga uttrykk for.⁵⁵ 1969-overenskomsten er en kollektivavtale (tariffavtale) mellom flere svenske arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjoner,⁵⁶ med detaljerte regler for hvilke konkurranseklausuler som er gyldige mellom medlemmene av organisasjonene, blant annet bestemmelser som ligner andre og tredje ledd i den norske § 38.⁵⁷ Overenskomsten i seg selv er kun bindende for medlemmene i disse organisasjonene, men den har også betydning for anvendelsen av § 38. Det er antatt at overenskomsten gir et uttrykk for en mer allmenn måte å se på konkurranseklausuler og gir grunnlag for å være mer restriktiv til anvendelsen av konkurranseklausuler, også i forhold til § 38, enn tidligere.⁵⁸ Den kan benyttes som sammenligningsgrunnlag for konkurranseklausuler mellom parter som faller utenfor anvendelsesområdet, da spesielt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og kan også gi veiledning i andre tilfeller.⁵⁹ Overenskomsten har fått en rettskildefunksjon og brukes av domstolene i praksis.⁶⁰

⁵³ Ble endret fra ”utilbørlig” til ”på urimelig måte” i Danmark, se Poulsen s. 45.

⁵⁴ Se Prop. 1975/76: 81 s. 148-149 og Adlercreutz/Flodgren s. 46.

⁵⁵ Se Ds 2002: 56 s. 333 og Fahlbeck s. 138.

⁵⁶ 1969 års överenskommelse er mellom Svenska Arbetsgivareföreningen (SAF) på den ene siden og Sveriges Arbetsledareförbund (SALF), Svenska Industritjänstemannaförbundet (SIF) og Sveriges Civilingenjörskörbundet (CF) på den andre. 1969-overenskomsten er den eneste kollektivavtalen som regulerer konkurranseklausuler, og det er den som menes når forarbeidene bruker betegnelsen ”kollektivavtal”, se Adlercreutz/Flodgren s. 66.

⁵⁷ Adlercreutz/Flodgren s. 57 og 60-61.

⁵⁸ Se Ds 2002: 56 s. 334 og Zethræus s. 401.

⁵⁹ Se Adlercreutz/Flodgren s. 66.

⁶⁰ Se ibid. s. 67.

4.2 Reguleringen i Danmark

I Danmark lyder aftaleloven § 38 som følger:

”Har nogen forpligtet sig til, at han af konkurrencehensyn ikke må drive forretning eller anden virksomhed af en vis art eller tage ansættelse i en sådan, er vedtagelsen ikke bindende for ham, forsåvidt den med hensyn til tid, sted eller andre forhold går videre end påkrævet for at værne imod konkurrence eller på urimelig måde indskrænker den forpligtedes adgang til erhverv. I sidstnævnte henseende skal hensyn tages også til den interesse, den berettigede har i, at vedtagelsen efterkommes.

Stk. 2. Har nogen, der er ansat i en forretning eller anden virksomhed, overfor dennes indehaver påtaget sig en forpligtelse af det ovenfor angivne indhold, som skal gælde efter ansættelsens ophør, bliver forpligtelsen uvirksom, hvis han opsiges eller afskediges uden at have givet rimelig anledning dertil, eller han selv fratræder sin stilling, og indehaverens undladelse af at opfylde sine forpligtelser har givet ham gyldig grund dertil.”

Reguleringen i Danmark er lik reguleringen i Norge, med unntak av bestemmelsen om underordnede i andre ledd. Danskene ønsket, som svenskene, ikke å inkludere den spesielle bestemmelsen.⁶¹ Den hierarkiske plasseringen til arbeidstakeren kan imidlertid også være av betydning i Danmark og kan komme inn som et moment ved vurderingen av gyldigheten av en konkurranseklausul i medhold av første ledd.⁶²

Gyldigheten av visse konkurranseklausuler reguleres også av funktionærloven § 18. Denne bestemmelsen gjelder ved siden av aftaleloven § 36 og § 38.⁶³ Bestemmelsen inneholder en mer detaljert regulering av hvilken type avtaler som er gyldige og hva de skal/kan omfatte, for en begrenset gruppe ansatte.⁶⁴

⁶¹ Se Utkastet s. 95 og Bemerkninger til det danske utkastet spalte 2811-2812.

⁶² Se Langer s. 153.

⁶³ Se funktionærloven § 18 stk. 1, pkt. 1.

⁶⁴ Funktionærloven § 18a regulerer gyldigheten av kundeklausuler for denne gruppen ansatte.

5 Hensynene bak bestemmelsen

5.1 Generelt

Hovedhensynet bak alle ugyldighetsbestemmelsene i avtaleloven, også § 38, er å beskytte mot det misbruk som avtalefriheten kan føre til. Det er påpekt i forarbeidene at denne faren særlig er til stede ved konkurranseforbud.⁶⁵

Bestemmelsen er et utslag av en avveining mellom tre ulike interesser: rettighetshaverens behov for beskyttelse, den forpliktedes behov for vern mot klausuler som innskrenker muligheten til erverv, og samfunnets interesse i at arbeidskraft utnyttes i størst mulig grad og at personer ikke er avhengig av samfunnets hjelp for å bli forsørget.⁶⁶

Hvilken vekt de ulike hensynene har, varierer, og det har blant annet gitt seg utslag i at arbeidstakere i en underordnet stilling er gitt et sterkere vern enn andre, jf. § 38 (2).

Nedenfor vil de ulike hensynene bli presentert nærmere.

5.2 Første ledd

De hensyn som ligger til grunn for første ledd, er for det første samfunnets interesser. Fra et samfunnsmessig perspektiv er det ikke ønskelig at en arbeidstaker fraskriver seg retten til å arbeide, for deretter å måtte være avhengig av hjelp for å bli forsørget. Hensynet tilsier videre at arbeidskraft bør nyttes i størst mulig grad, selv om arbeidstakeren kan forsørge seg selv. Ønsket om konkurranse i markedet taler også for at konkurranseklausuler ikke bør tillates i ubegrenset grad. Man ønsker å unngå at virksomheter kommer i

⁶⁵ Se Utkastet s. 18.

⁶⁶ Se Utkastet s. 18 og 91 og Fougner (1999) s. 226.

monopolsituasjon, for å unngå at prisene presses opp eller at det ikke produseres et tilstrekkelig kvantum av de aktuelle varer og tjenester.⁶⁷

Det er videre fremhevet at hvert enkelt individ bør ha en viss uavhengelig rett til å benytte sin adgang til erverv. Det gjelder selv om det ikke er noen risiko for at han vil lide noen nød.⁶⁸ Derfor vil det ha stor betydning ved vurderingen om klausulen innebærer et yrkesforbud eller ikke.

Det var likevel ikke ønskelig å forby denne type klausuler helt, siden også rettighetshaveren kan ha et legitimt behov for å verne sine interesser.⁶⁹ Det kan være svært uheldig at personer som sitter på kjernekunnskap, går direkte fra et foretak til en konkurrent og bringer videre verdifull informasjon som konkurrenten kan utnytte. Konkurransesklausuler kan være en måte å sikre at dette ikke skjer. At et foretak har en legitim interesse i verne sine bedriftshemmeligheter/kunnskaper, har også kommet til uttrykk i andre lovbestemmelser, som for eksempel markedsføringsloven § 7.⁷⁰ Dette har dessuten en side til at det ut fra et samfunnsmessig ståsted er ønskelig at rettighetshaveren er ”villig til å lære sine folk op og meddele dem sine egne erfaringer; men vil han gjøre det, må han ikke risikere at han siden får en rival inn på livet av sig”.⁷¹

Når det gjelder unntaket om at en klausul ikke skal ”strække sig lenger end paakrævet”, er det begrunnet med at konkurransesklausuler bør begrenses til det nødvendige og ikke omfatte mer enn det som skal til for å beskytte virksomheten.⁷²

⁶⁷ Se Utkastet s. 91. Se også Adlercreutz/Flodgren s. 44-45, om monopolsituasjonen som et samfunnshensyn i Sverige.

⁶⁸ Se Utkastet. s. 91.

⁶⁹ Ibid. s. 18.

⁷⁰ Se Løchen/Grimstad s. 142-143. Markedsføringsloven er en nyere regulering enn avtaleloven, men har et tilstøtende anvendelsesområde til avtaleloven § 38.

⁷¹ Se Berg s. 85.

⁷² Se Utkastet s. 91.

5.3 Andre ledd

I andre ledd er underordnede arbeidstakere gitt et særlig vern. Spesialreguleringen er begrunnet i at det ofte er en større forskjell i partenes jevnbyrdighet, og at ubalansen dermed kan bli større enn i de tilfellene partene er mer likestilte.⁷³

Behovet for beskyttelse for prinsipalen er også som regel mindre i tilknytning til underordnede arbeidstakere. Denne gruppen av arbeidstakere sitter ikke så ofte på kunnskap som er av konkurransemessig betydning for virksomheten. Derimot kan det være en avgjørende hindring for arbeidstakeren å være forpliktet av denne type klausul. Det kan begrense antallet andre potensielle arbeidsgivere og hindre vedkommende i å bytte arbeidsplass. Det er også fremhevet at den underordnede ofte kan være umoden og av ung alder, og dermed være i en svakere forhandlingssituasjon, og derigjennom at frykten for misbruk øker.⁷⁴

Unntaket i andre ledd var i utgangspunktet absolutt, men ved behandling i justiskomiteen ble bestemmelsen endret.⁷⁵ Hensynet til arbeidsgiver og dennes behov for beskyttelse kom inn som et moment og begrunnet unntak i andre punktum. Unntaket er begrenset til de tilfeller den underordnede har innblikk i visse typer kunnskap som kan benyttes til å skade arbeidsgiveren i betydelig grad. Unntaket i andre punktum har igjen et unntak som så å si tilsvarende første ledd, ”urimelig grad vil vanskeliggjøre” og ”strække sig længer end paakrævet.” Det er ikke uttalt noe uttrykkelig i forarbeidene om begrunnelsen for dette unntaket fra unntaket. Grunnen er trolig at det først kom inn ved behandlingen i justiskomiteen, og komiteen fant det tilstrekkelig å henvise til den sveitsiske bestemmelsen som er modell for unntaket og unntaket fra unntaket.⁷⁶ Unntaket ligner det i første ledd, og dette kan tilsi at tilsvarende hensyn gjør seg gjeldende.

⁷³ Ibid. s. 93.

⁷⁴ Ibid. s. 94.

⁷⁵ Se Indst.O. IX. (1918) s. 5.

⁷⁶ Se l.c. og Utkastet s. 89.

5.4 Tredje ledd

Etter tredje ledd vil konkurranseklausulen falle bort hvis det er forhold på arbeidsgivers side som er årsaken til at arbeidstakeren ikke lenger jobber i foretaket, enten arbeidstakeren blir sagt opp eller selv sier opp. Begrunnelsen er at arbeidsgiveren ikke uten videre skal kunne fri seg fra sine forpliktelser og stille arbeidstakeren på bar bakke, og samtidig hindre arbeidstakeren i å søke ny passende jobb grunnet den forpliktelse som konkurranseforbudet medfører.⁷⁷ Arbeidstakeren skal heller ikke ”føle seg tvunget til å fortsette i et arbeidsforhold på grunn av en konkurranseklausul når arbeidsgiveren misligholder sine forpliktelser”.⁷⁸

⁷⁷ Se Utkastet s. 95.

⁷⁸ Se Fougner (1999) s. 234.

6 Om kravene til avtale og form

Når en skal vurdere om en arbeidstaker er bundet av en konkurranseklausul må det først fastslås hvilke krav som stilles for at en forpliktet skal anses bundet, og om det gjelder noen formkrav. Under dette punktet vil det først drøftes om konkurranseklausuler kan pålegges i medhold av arbeidsgivers styringsrett, eller om det er krav til en avtale mellom partene. Videre vil spørsmålet om det gjelder et krav til skriftlighet, samt hva som skal til for at den forpliktete er bundet dersom det ikke gjelder et formkrav, bli drøftet.

6.1 Om kravet til avtale

En arbeidsgiver kan i medhold av styringsretten pålegge en arbeidstaker en rekke ulike plikter i tilknytning til arbeidsforholdet.⁷⁹ Spørsmålet er om arbeidsgiveren også kan pålegge en konkurranseklausul i medhold av styringsretten, eller om partene må inngå en egen avtale om dette.⁸⁰

Ordlyden i § 38 taler for at det må foreligge en avtale for at en skal bli bundet, jf. første ledd: ”[h]ar nogen gaat ind paa ... binder vedtagelsen ham ikke ...” og andre ledd ”[e]r avtalen indgaat” Det følger også av teorien at konkurranseklausuler må være avtalt.⁸¹

⁷⁹ ”... arbeidsgiveren har en makt vis à vis arbeidstageren til å treffe avgjørelser og fastsette bestemmelser med virkninger for arbeidsforholdet og dets innhold. Det er her tale om en makt for arbeidsgiveren til *ensidig* å fastsette bestemmelser som er bindende for den annen part i kontraktsforholdet”, se Evju (2003) s. 11.

⁸⁰ Utenfor arbeidsforhold er det ikke noe annet naturlig rettsgrunnlag enn avtale som grunnlag for en konkurranseklausul.

⁸¹ Se Andersen s. 148 og Borch/Fougner s. 78.

Å pålegge konkurranseklausuler faller heller ikke inn under en naturlig forståelse av hva som ligger i styringsretten, ettersom en konkurranseklausul ikke har virkninger for arbeidsforholdet som sådant, men pålegger arbeidstakeren plikter knyttet til forhold utenfor arbeidsforholdet og tiden etter at det er avsluttet.

6.2 Om kravet til form

Den andre problemstillingen som kan reises, er om det er et krav til skriftlig avtale, eller om muntlige konkurranseklausuler også er bindende.

Det følger av agenturloven § 34 at konkurranseklausuler må være inngått skriftlig for at de skal være gyldige. Bestemmelsen er en gjennomføring av agentdirektivet art 20, som inneholder et skriftlighetskrav.⁸² Det kan ikke utledes et tilsvarende skriftlighetskrav av § 38s ordlyd. Krav til skriftlighet er heller ikke diskutert i forarbeidene til bestemmelsen. Ettersom det ikke foreligger holdepunkter for annet, må en falle tilbake på den avtalerettslige hovedregel om at muntlige avtaler er like bindende som skriftlige.⁸³ Det samme er lagt til grunn i arbeidsrettslige teori knyttet til avtaleloven § 38.⁸⁴

På den andre siden er det ikke mulig å innfortolke en konkurranseklausul med den begrunnelse at arbeidstakeren har arbeidet i foretaket. Det fremgår av rettspraksis at arbeidstakeren uttrykkelig må ha påtatt seg konkurranseklausulen for å være bundet.⁸⁵

I forbindelse med revidering av kommisjonsloven i 1973 ble det i forarbeidene diskutert om loven skulle regulere gyldigheten av konkurranseklausuler, og om det i så fall skulle

⁸² Se Rdir 86/653/EØF.

⁸³ Se Woxholth s. 30.

⁸⁴ Se Kvalsnes note 3.

⁸⁵ Se RG 1983 s. 432 (Grete Roede-dommen). Se også Se Dege s. 261 og Kvalsnes note 3.

være et skriftlighetskrav.⁸⁶ Som begrunnelse for et skriftlighetskrav ble det fremhevet to ulike hensyn: bevissikring, og det ”å fremheve klausulen og stimulere partene til omtanke ved avtaleslutningen”.⁸⁷ Komiteen kom til i innstillingen at det ikke var noe behov for et skriftlighetskrav. Begrunnelsen var følgende:

”Man er imidlertid kommet til at et slikt vilkår praktisk sett vil ha liten betydning, idet det vanskelig vil komme på tale å anse avtale om konkurranseforbud bevist uten at et skriftlig grunnlag foreligger. I de tilfelle hvor det måtte lykkes å føre bevis for en muntlig avtale, vil dette i seg selv gi en indikasjon på at klausulen har vært fremhevet for agenten på minst like effektiv måte som den som vil følge av et skriftlighetskrav.”⁸⁸

Det vil altså være vanskelig å bevise at det er inngått en avtale om konkurransebegrensning hvis den ikke er skriftlig. Det er naturlig siden en slik avtale begrenser den annens parts mulighet til å arbeide. Da bør det ikke være tvil om at klausulen er vedtatt. Bevisbyrden må ligge hos den som ønsker å gjøre klausulen gjeldende og begrense den andre parts muligheter. Klarer rettighetshaveren imidlertid å bevise at en konkurranseklausul er inngått, vil konkurranseklausulen i utgangspunktet være bindende.⁸⁹

⁸⁶ Komiteen valgte å ikke foreslå en regulering av gyldigheten av konkurranseklausuler i loven, Innstillingen fra kommisjonsutvalget s. 55. Begrunnelsen var at det ville bryte den nordiske rettsenheten, siden de andre landene ikke anså det nødvendig å regulere spørsmålet i loven.

⁸⁷ Se ibid. s. 54. Se også Woxholth s. 30 om bevissikring.

⁸⁸ Se Innstillingen fra kommisjonsutvalget s. 54.

⁸⁹ Se Skoghøy s. 677. Se også Svenning Andersen s. 791-792.

7 De kumulative vilkårene

7.1 Vilkårenes anvendelsesområde

Det følger av første ledd at kun klausuler som er begrunnet i konkurransehensyn og som forbyr den forpliktete å ”ta plads i eller drive forretning eller virksomhet av en viss art” er omfattet av bestemmelsen.

Som slått fast under avsnitt 3.2, må også disse kumulative vilkårene være oppfylt for at andre og tredje ledd skal komme til anvendelse. Det fremgår ikke uttrykkelig av ordlydene i de to leddene, men følger av en tolking av dem. I andre ledd brukes begrepet ”avtalen”, uten at det henvises til noen spesiell type avtale. Det samme gjelder tredje ledd som kun nevner ” slik forpliktelse”. Hvis dette ikke er ment å kun omfatte samme type avtaler som etter første ledd, vil alle former for avtaler være regulert av andre og tredje ledd, og det er neppe hensikten. Videre er konkurransehensyn fremhevet i ordlyden i unntaket fra andre punktum i andre ledd, jf. ”paakrævet for at verne mot konkurranse”.

I det opprinnelige lovforslaget, da det var to bestemmelser, var tilsvarende to vilkår nevnt i det som nå er andre og tredje ledd.⁹⁰ Paragrafene 39 og 40 ble slått sammen til én bestemmelse for å oppnå en lik rekkefølge som i de andre landene, men det var ikke foreslått noen realitetsendring i bestemmelsen på det tidspunkt endringen til én bestemmelse ble gjort.⁹¹ Endringen av ordlyden er ikke nærmere kommentert i forarbeidene, verken i Ot.prp. nr. 63 eller i justiskomiteens senere behandling av bestemmelsen. Imidlertid har justiskomiteen uttalt at ”[a]ndet avsnit omhandler denne slags

⁹⁰ Se Utkastet s. 93 og s. 126.

⁹¹ Se Ot.prp. nr. 63 (1917) s. 9.

avtaler mellom indehaveren av en bedrift og hans mere underordnede personale”.⁹² ”[D]enne slags avtaler” er naturlig å forstå som en henvisning til avtaler som er begrunnet i konkurransehensyn og forbyr virksomhet av en ”... viss art”, som er fremhevet i avsnittet ovenfor.

Konklusjonen blir at vilkårene om at avtalen må være begrunnet i konkurransehensyn og forby den forpliktete å ”ta plads i eller drive forretning eller virksomhet av en viss art”, må gjelde for alle leddene i bestemmelsen.⁹³

7.2 Konkurrans hensyn

Konkurranseklausulen må være begrunnet i konkurransehensyn for å være regulert av § 38. Hvilke krav stiller det til begrunnelsen for konkurranseklausulen og hva ligger det vilkåret ”konkurransehensyn”?

Hva som omfattes av begrepet ”konkurransehensyn”, er ikke nærmere definert i lovteksten eller i forarbeidene til bestemmelsen. Det er heller ikke nevnt noen klare eksempler på hva som faller innenfor. Det som naturlig faller inn under begrepet, er tilfellene der begrunnelsen for avtalen er at arbeidsgiver ikke ønsker at arbeidstaker skal starte eller ta ansettelse i en virksomhet fordi det kan føre til negative økonomiske konsekvenser for arbeidsgiver eller han kan tape andre konkurransefortrinn. Det kan for eksempel skyldes at arbeidstakeren har kunnskap om markedet som kan gi et annet foretak et konkurransefortrinn, eller at han har fått kjennskap til forretningshemmeligheter, som en ny arbeidsgiver vil kunne utnytte. Om formålet er å forhindre konkurranse fra arbeidstakeren selv eller fra annet hold, er ikke avgjørende.⁹⁴

⁹² Se Indst. O. IX. (1918) s. 5.

⁹³ Se også Kvalsnes note 18. I danske lovteksten er tilsvarende anvendelsesområdet angitt for § 38 (2), jf. ”en forpligtelse af det ovenfor angivne indhold”.

⁹⁴ Se Uttalelsene fra den Svenske komiteen s. 160.

Det som derimot er fremhevet i forarbeidene, er at avtaler som begrenser konkurransemulighetene til en part, men som er inngått i ”andet øiemed, rammes ... ikke av utkastets bestemmelser”.⁹⁵ Et eksempel som er gitt i forarbeidene, er en arbeidstaker som inngår en konkurranseklausul for ikke å bli anmeldt til påtalemyndigheten. Arbeidsgiverens motiv for å inngå konkurranseklausulen er å ”holde en viss stand fri for slette elementer”.⁹⁶ Konkurranseshensyn er da ikke motivet for avtalen.

Grunnen til at avtaler med en annen begrunnelse ikke omfattes av bestemmelsen, er for det første at den forpliktete som regel vil oppnå goder som oppveier ulempene med avtalen. Videre kan det være vidt forskjellige grunner for denne type avtaler, og det lar seg derfor ikke lett oppstille noen alminnelig regel som omfatter alle situasjonene. På denne bakgrunn valgte lovgiver å utelukke denne type avtaler fra § 38.⁹⁷ Avtaler som faller utenfor, må eventuelt revideres i medhold av avtaleloven § 36 som ikke innholder vilkår vedrørende motivet for avtalen.

Med konkurransehensynsvilkåret oppnår en også å utelukke avtaler mellom medlemmer av visse organisasjoner, som regulerer arbeidstakerens mulighet til å ta ansettelse ”under en bestemt godtgjørelse eller hos visse arbeidsherrer”, fra anvendelsesområde til § 38. Det ble ansett som ønskelig siden denne type avtaler ofte blir brukt som et middel i kampen for bedre økonomiske kår, og det er da ingen grunn å gripe inn i dem.⁹⁸ Det er ikke arbeidsgiverens konkurranseevne som er motivet for avtalen, men de økonomiske vilkårene for arbeidstakerne.

Er det tvil om det er konkurransehensyn som begrunner avtalen, må den tolkes, for å klarlegge den sannsynlige begrunnelsen for avtalen.

⁹⁵ Se Utkastet s. 90.

⁹⁶ L.c.

⁹⁷ L.c.

⁹⁸ L.c.

At konkurranseklausulen er begrunnet i konkurransehensyn vil også være avgjørende for at klausulen ikke skal ”strække sig lenger end påkrævet”. Hvis klausulen ikke er begrunnet i konkurransehensyn, har virksomheten ikke behov for vern og klausulen vil gå lengre enn påkrævet og vil ”forsaavidt” være ”uforbindende”.⁹⁹

7.3 ”Ta plads i eller drive forretning eller virksomhet av en viss art”

Det andre kumulative vilkåret er at klausulen må regulere den forpliktedes mulighet til å ”ta plads i eller drive forretning eller virksomhet av en viss art”. Etter min mening er det naturlig å se på det som ett vilkår som består av to elementer, ”ta plads i eller drive forretningen eller virksomhet” og ”av en viss art”. I dette avsnittet vil først disse to elementene bli gjennomgått, og deretter vil noen typer av klausuler som faller utenfor anvendelsesområdet, bli behandlet.

7.3.1 ”Av en viss art”

For at bestemmelsen skal komme til anvendelse, må klausulen forby en virksomhet ”av en viss art”. Spørsmålet blir hvilke begrensninger dette vilkåret medfører i forhold til hvilke klausuler som er omfattet av § 38. I forarbeidene er det uttalt at et konkurranseforbud innebærer at den forpliktete ”skal avholde sig fra at etablere nogen konkurrerende bedrift eller træde ind i nogen konkurrerende forretning”.¹⁰⁰ Nærmere er ikke vilkåret drøftet i forarbeidene.

Bestemmelsens ordlyd og uttalelsene i forarbeidene tilsier at konkurranseforbudet må være spesifisert til en viss grad. Det er imidlertid ikke klart hvor spesifikt forbudet må være angitt for å være omfattet. Trolig er det både er en grense i forhold til hvor generelt og hvor spesifikt konkurranseklausulen kan være angitt.

⁹⁹ Se Utkastet s. 91 og avsnitt 9.2.

¹⁰⁰ Se Utkastet s. 18.

For at en konkurranseklausul skal anses oppfylle kravet ”av en viss art”, kan det ikke oppstilles strenge krav for at klausulen skal anses å være tilstrekkelig konkret. Å angi at forpliktete ikke skal drive konkurrerende virksomhet i en bransje eller i konkurranse med rettighetshaveren, må være tilstrekkelig konkret. I de fleste tilfeller vil det være naturlig å innfortolke en slik presisering i klausulen, hvis det ikke følger uttrykkelig av klausulen selv. Klausuler som eventuelt faller utenfor § 38, må eventuelt kunne settes til side i medhold av avtaleloven § 36.

Når det gjelder grensen nedad, fremstår den som mer usikker. Den generelle uttalelsen i forarbeidene sammenholdt med ordlyden kan kanskje tale for at det må foreligge et generelt forbud for at konkurranseklausulen skal være omfattet av § 38.¹⁰¹ Hvis klausulen inneholder et forbud mot å ta ansettelse i alle konkurrerende foretak, er det ikke tvil om at klausulen er innenfor lovens vilkår. Det samme gjelder hvis en person inngår en konkurranseklausul som forbyr vedkommende å starte samme type virksomhet som rettighetshaveren innenfor et geografisk område. Produserer rettighetshaveren for eksempel kun ett produkt eller arbeider innen ett begrenset virksomhetsområde, og konkurranseklausulen forbyr den forpliktete å arbeide med dette produktet eller virksomhetsområdet, må det også innebære at en virksomhet av en viss art er forbudt.

Hvis klausulen er snevrere angitt, kan det spørres om dette er tilstrekkelig for at klausulen er omfattet av § 38. Er klausulen angitt til den type aktivitet arbeidstakeren arbeidet med, er det minst ett eksempel fra rettspraksis som anvender § 38 på denne type mer begrensede klausuler.¹⁰² Arbeidstakeren blir i slike tilfeller forhindret fra å jobbe med samme type aktivitet som han gjorde for arbeidsgiveren. Hvis konkurranseklausulen omfatter mer enn det, vil den som regel ikke gå klar av vilkåret om at klausulen ikke skal strekke seg lengre enn påkrevet. Arbeidsgiveren har normalt ikke behov for å verne en større del av foretaket

¹⁰¹ Se Kvalsnes note 1.

¹⁰² Se TOSLO-2003-3724, der konkurranseklausulen senere ble begrenset til kun å gjelde gulv. Det var det området arbeidstakeren var spesialisert innen og hadde arbeidet med. Men forholdet til vilkåret ”av en viss art” ble ikke drøftet av domstolen.

enn den delen arbeidstakeren har kjennskap til. Forholdet mellom de ulike vilkårene i bestemmelsen tilsier at dette ikke er en for snever angivelse.

Det finnes også eksempler i rettspraksis der § 38 er anvendt på en klausul som var begrenset til å kun omfatte én konkurrent, men det begrensede anvendelsesområdet ble ikke vurdert i forhold til om det forbød en virksomhet ”av en viss art”.¹⁰³

I dansk teori er det på bakgrunn av en avgjørelse fra dansk Højesteret argumentert for at også mer begrensede klausuler kan være regulert av § 38. Konkurransesklausulen som tvisten var knyttet til, forbød den forpliktete kun å konkurrere med noen produkter han hadde overdratt når han solgte sin virksomhet til et foretak, og av den grunn mente foretaket at § 38 ikke kom til anvendelse. Domstolen uttalte følgende: ”Konkurrenceklausulen ... er efter sit indhold ikke af et så begrænset omfang, at den falder uden for aftalelovens § 38.”¹⁰⁴ Dansk Højesteret ga ingen utfyllende begrunnelse for hvorfor klausulen var regulert av § 38, så det er begrenset hvor stor verdi avgjørelsen kan ha i forhold til norsk rett. Imidlertid bør avgjørelsen kunne tas til inntekt for at også begrensede klausuler kan omfattes, men det kan ikke utledes noen absolutt nedre grense.

Konklusjonen må på denne bakgrunn bli at også mer spesifikt angitte og begrensede klausuler kan oppfylle lovens krav. Det må for eksempel være tilstrekkelig at de produkter arbeidstakeren jobbet med, er utelukket. Det er imidlertid ikke mulig å fastlegge konkret om det er en nedre grense for hvor snevert anvendelsesområde klausulen kan ha og samtidig være omfattet av bestemmelsen. Hvis domstolen kommer til at klausulen har et for snevert anvendelsesområde, kan eventuelt avtaleloven § 36 påberopes som grunnlag for endring eller tilsidesettelse.

¹⁰³ I RG 2000 s. 1092 (Borgarting), ble § 38 anvendt selv om konkurranseklausulen var blitt innskrenket til kun å gjelde Nestle og ingen av de andre konkurrentene.

¹⁰⁴ Se UfR 1999.66H og Langer s. 140-141. Langer påpeker på s. 47-48 at mer spesifikt angitte klausuler bør benyttes hvis mulig, det kan også tale for at klausuler som angir et konkurrerende produkt er omfattet av bestemmelsen.

Et siste spørsmål er om en klausul som forbyr en arbeidstaker å konkurrere med tidligere arbeidsgiver, men med en mulighet for arbeidstaker til å kjøpe seg fri fra klausulen for en viss sum, er omfattet av § 38. En slik klausul forbyr strengt tatt ikke en virksomhet av en viss art i seg selv, siden arbeidstakeren kan kjøpe seg fri og da konkurrere. Men selv om klausulen inneholder en mulighet for arbeidstakeren til å kjøpe seg fri, kan ikke det medføre at klausulen faller utenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Arbeidstakeren må fortsatt ha en mulighet til å påberope seg § 38 og på den måten bli ubundet av klausulen uten å betale frikjøpssummen.¹⁰⁵ Hvis ikke kan arbeidsgiveren ved å innføre denne ”særmekanismen”, komme seg rundt § 38 og svekke den forpliktedes vern.¹⁰⁶

7.3.2 ”Ta plads i eller drive forretning eller virksomhet”

Det andre elementet av vilkåret fremhever at det den forpliktede skal være forhindret fra, er å ”ta plads i eller drive forretning eller virksomhet”. Det kan da spørres hvilke krav dette oppstiller når det gjelder til hvilke handlinger den forpliktede må være utelukket fra for at klausulen skal være omfattet av § 38.

Hvis konkurranseklausulen forbyr den forpliktede å ta ansettelse i konkurrerende virksomheter eller selv å starte en konkurrerende virksomhet, er lovens vilkår oppfylt.¹⁰⁷ Det er også mulig at en klausul inneholder både forbud mot å ta ansettelse og mot å drive konkurrerende virksomhet, men det er ikke noe krav at begge typer aktivitet skal være forbudt, jf. ordlyden i bestemmelsen ”ta plads i eller drive...”.

Imidlertid kan konkurranseklausulen ha en annen formulering enn det å ta ansettelse eller selv drive en virksomhet. Heller ikke denne delen av vilkåret er utdypet i forarbeidene,

¹⁰⁵ I TOSLO-2005-64682 ble en konkurranseklausul som retten anså inneholdt en frikjøpingsmulighet vurdert i forhold til § 38.

¹⁰⁶ Se også avsnitt 13.2.

¹⁰⁷ Det er slik jeg kan se trolig ingen særlig vesensforskjell mellom virksomhet og forretning, og de to begrepene vil bli behandlet under ett.

utover at den forpliktete ”skal avholde sig fra at etablere nogen konkurrerende bedrift eller træde ind i nogen konkurrerende forretning”.¹⁰⁸ Det taler for at kun de klausulene som går ut på et slikt forbud er omfattet. I juridisk teori er det imidlertid argumentert for at ikke bare de helt generelle forbudene er omfattet av bestemmelsen. Hensynene bak § 38 taler for at det avgjørende bør være om ”arbeidstakeren blir hindret i erverv”.¹⁰⁹ Jeg er enig i at ordlyden i klausulen ikke kan være avgjørende for om § 38 kommer til anvendelse. Det avgjørende bør være hvilke begrensninger og virkninger konkurranseforbudet får for den forpliktete. Hvis klausulen for eksempel forbyr vedkommende å ”støtte” eller ha eierinteresser i en konkurrerende virksomhet, og det tolkes dit hen at den forpliktete er forhindret fra å være involvert i den type virksomhet eller en bransje er utelukket, bør lovens krav anses oppfylt. Hva den enkelte klausul omfatter, og om klausulen oppfyller lovens krav, må avgjøres ved tolking av klausulen. Selv om det trolig ikke gjelder et krav til et generelt ervervsforbud, er det ikke mulig å angi noen klar nedre grense for hvor omfattende ervervsforbudet må være for å være omfattet av § 38.

7.3.3 Klausuler som faller utenfor § 38

Bestemmelsen stiller et vilkår om at konkurranseklausulen må forhindre den forpliktete i å ”ta plads i eller drive forretning eller virksomhet av en viss art”. Et spørsmål blir dermed hvilke klausuler som ikke omfattes og som faller utenfor bestemmelsen. Nedenfor vil ulike typer av klausuler som kan falle utenfor anvendelsesområdet til § 38 bli gjennomgått.

7.3.3.1 Kundeklausuler

Inn under begrepet kundeklausul faller både et forbud mot å ta ansettelse hos tidligere kunder og det å behandle kunder, enten selv eller ved å ta ansettelse hos en konkurrent. I begge tilfeller fratar en sin tidligere arbeidsgiver kunder, og dette kan gå utover arbeidsgiveren økonomisk. Begrepet innbefatter også tilsvarende forbud overfor

¹⁰⁸ Se Utkastet s. 18.

¹⁰⁹ Se Kvalsnes note 5.

leverandører, samarbeidspartnere og lignende til rettighetshaveren.¹¹⁰ Kunde klausul er en av to typer klausuler som faller inn under begrepet ”rappeklausul”.¹¹¹ Den andre typen er de såkalte medarbeiderklausulene. Medarbeiderklausulene behandler jeg i avsnitt 7.3.3.2 nedenfor. Det kan også foreligge en kombinasjon av disse to typene klausuler.

Ordlyden i bestemmelsen taler for at kunde klausulene faller utenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Forpliktete er ikke forhindret fra å arbeide innen samme type virksomhet som rettighetshaveren. Det vedkommende ikke kan, er å ta med seg rettighetshaverens kunder eller lignende, og på den måten sikrer rettighetshaveren sin konkurranseposisjon ved en slik klausul.

Rettspraksis er ikke entydig i bedømmelsen av denne type klausuler. I NAD 1988 s. 1159 (Oslo) var et av spørsmålene om et forbud mot å betjene kundene til den tidligere arbeidsgiveren var regulert av § 38 eller ikke. Retten fastslo først at § 38 får ”bare anvendelse på klausuler som gjelder forbud mot å drive en virksomhet av en viss art, som f.eks. å drive et reklamebyrå”. Deretter konstaterte retten at arbeidstakerne ikke hadde ”noe forbud mot å drive et reklamebyrå, og konkurranseklausulen i denne saken faller utenfor anvendelsesområdet til avtaleloven §38”.

Teorien konkluderer med støtte i ordlyden og denne avgjørelsen med at kunde klausulene faller utenfor bestemmelsens anvendelsesområde.¹¹² Den tilsvarende forståelse av anvendelsesområdet er også antatt i dansk rett.¹¹³

¹¹⁰ Se Langer s. 41-42.

¹¹¹ Begrepet ”rappe-klausul” kommer fra Advokatfirmaet Schjødt, se Bergeius Andersen (2005) s. 42.

¹¹² Se Bergeius Andersen (2005) s. 49 og Borch/Fougner s. 86- 87.

¹¹³ Se Langer s. 39 og s. 140. Se også U.2000.2536/2Ø, der Østre Landsret sier seg enig i byrettens begrunnelse for at § 38 ikke kom til anvendelse siden. Byretten uttalte at: ”Den i ansættelsesaftalen omhandlede klausul afskærer efter sit indhold ikke de sagsøgte fra at udøve konkurrerende virksomhed ... Aftalen findes i stedet at indbære, at de sagsøgte skal afstå fra at have forretningsforbindelse med sagsøgers kunder ...”

Selv om dette er det klare synspunkt i både norsk og dansk teori, er norsk rettspraksis ikke like entydig. I LB-2005-117741 hadde en arbeidstaker forpliktet seg til å ikke ”påta seg ansettelse, oppdrag eller annen bistand for kunder” som arbeidsgiveren hadde betjent de siste tolv månedene før fratredelsen. Lagmannsretten konkluderte med at klausulen ikke kunne settes til side i medhold av § 38 siden arbeidsgiveren hadde et legitimt behov for vern og klausulen hadde et begrenset anvendelsesområde, både i forhold til tid og hvilke virksomheter som klausulen var rettet mot. Videre uttaler lagmannsretten at: ”Klausulen innebærer ikke noe generelt forbud mot å drive ... eller å ta ansettelse i konkurrerende selskaper”. Konklusjonen ble at klausulen ikke urimelig innskrenket arbeidstakerens ervervsmuligheter.¹¹⁴ Tilsvarende er også lagt til grunn i andre saker.¹¹⁵

Jeg kan ikke si meg enig med lagmannsrettenes tolking av § 38 og rettsanvendelse i disse sakene. Etter lovens ordlyd er kun klausuler som regulerer den forpliktedes rett til å ta ansettelse i eller drive en ”... virksomhet av en viss art”, som er regulert i § 38. I disse sakene var ikke selve virksomheten forbudt, men kun det å forholde seg til arbeidsgivers tidligere kunder og lignende. Det vil si at den forpliktete hadde rett til å fortsette med samme type arbeid, innen den samme bransjen, med noen begrensninger. Lagmannsrettene har, som nevnt, heller ikke støtte for en slik forståelse av bestemmelsen i teorien.¹¹⁶

¹¹⁴ Andre sider av tvisten ble behandlet av Høyesterett i Rt. 2007 s. 817

¹¹⁵ Se for eksempel LB-2004-2104 (som tolker samme klausul) og LB-2005-1064, der lagmannsretten påpeker at det er § 38 ”som den vanlige ’sensurbestemmelse’ for slike konkurransebegrensende bestemmelser”, selv om konkurranseklausulen ikke inneholdt et generelt konkurranseforbud. Saksøker hadde frafalt § 38 som ugyldighetsgrunn for tingretten.

¹¹⁶ At det finnes grensetilfeller for om det er en kundeklausul eller konkurranseklausul fremgår av rettspraksis. I LH-2002-1071 vurderte lagmannsretten at en klausul som innebar et forbud for den ansatte mot å ”levere tjenester til noen av Arbeidsgivers kunder, samarbeidspartnere eller underleverandører (tredjeparter)” var av en ”slik art og omfang” at klausulen var ”innenfor anvendelsesområde” til § 38, og ikke en kundeklausul. Dette var anført av ankemotparten. Bergeius Andersen (2005) har kritisert lagmannsrettens lovanvendelse, se s. 49.

På denne bakgrunn må konklusjonen bli at de såkalte kundeklausulene ikke er regulert av § 38.

Siden denne type klausuler faller utenfor anvendelsesområdet for avtaleloven § 38, er avtaleloven § 36 den aktuelle bestemmelsen for eventuelt å revidere klausulen. Det vil si at lagmannsretten i LB-2005-1064 ikke skulle gitt § 36 et begrenset anvendelsesområde grunnet § 38.¹¹⁷ På den andre siden vil mange av de samme momentene kunne komme inn ved vurderingen av klausulen etter § 36, siden begge bestemmelsene gir uttrykk for en rimelighetsstandard.¹¹⁸ Imidlertid skal det trolig mer til for å sette en kundeklausul til side ettersom den ikke forbyr å drive en virksomhet av en ”viss art” og dermed regnes som mindre inngripende.¹¹⁹

Kundeklausuler faller altså utenfor bestemmelsen, men konkurranseklausuler som er omfattet av § 38 vil oftest også innebære et forbud mot å behandle arbeidsgiverens kunder implisitt, ettersom kundebehandling vil innebære at en konkurrer med arbeidsgiveren.

7.3.3.2 Medarbeiderklausuler

Den andre type klausul som omfattes av betegnelsen ”rappeklausul” er de såkalte medarbeiderklausulene.¹²⁰ En medarbeiderklausul inneholder et forbud mot å overta eller

¹¹⁷ Avtaleloven § 36 regulerer også gyldigheten av konkurranseklausuler. Anvendelsesområdet for § 38 ”vil også falle inn under området for en allmenn generalklausul”, se NOU 1979:32 s. 57. Imidlertid fremstår § 38 som en mer detaljert bestemmelse, og det vil være vanskelig å nå frem med en tilsidesettelse etter § 36, hvis ikke klausulen ikke er ”urimelig” etter § 38, jf. Borch/Fougner s. 92-93.

¹¹⁸ Se LH-2002-1071 hvor lagmannsretten påpeker likheten i vurderingen etter to bestemmelsene.

¹¹⁹ Se Bergeius Andersen (2005) s. 49. Se TFJOR-2006-25701, der tingretten påpekte at kundeklausulen innbærer ”en klart mindre begrensning av friheten” enn karensklausulen. (Ble ikke fraveket av lagmannsretten, LG-2006-92490.)

¹²⁰ I LB-2005-1064 inneholdt klausulen også en medarbeiderklausul; ”... han skal ikke påvirke OMD-ansatte til å slutte ...”.

påvirke andre medarbeidere til å bli med over til en annen virksomhet.¹²¹ Ved denne type klausul ønsker rettighetshaveren å unngå å miste flere medarbeidere til samme konkurrerende virksomhet. Denne type klausul bør vurderes på tilsvarende måte som kundeklausulene. Det er ingen virksomhet av en ”viss art” som forbys, kun det å ta med seg andre medarbeidere, og det vil si at det er i strid med ordlyden hvis de vurderes etter § 38. Teorien gir også støtte til at denne type klausuler faller utenfor.¹²²

Selv om det konkluderes med at domstolene har anvendt § 38 uriktig i tilknytning til ”rappeklausuler”, vil avgjørelsene brukes som en del av grunnlaget for tolkingen av § 38 i avhandlingen. Grunnen er at selv om domstolen trolig har plassert klausulen feil, medfører ikke det at selve vurderingen og momentene er feil og ikke relevante, for eksempel når det vurderes om personen har rimelig grunn til å fratre.¹²³

7.3.3.3 Blandede klausuler

Det er altså av stor betydning om en klausul er å anse som en konkurranseklausul eller en ”rappeklausul”, siden det er avgjørende for hvilken bestemmelse som kommer til anvendelse. Rettsanvenderen må vurdere hva klausulen regulerer, og kategorisere den riktig. Hvis klausulen kun er betegnet som og inneholder en konkurranseklausul eller for eksempel en kundeklausul, er ikke kategoriseringen problematisk. Klausulene kan imidlertid eksempelvis være betegnet som en kundeklausul, men i realiteten være en konkurranseklausul, eller klausulen kan regulere både konkurranse- og kundeforhold. Wendelboe og Schwarz omtaler denne type klausuler som ”blandede klausuler”, og deler dem opp i to typer, ”ekte” og ”uekte”.¹²⁴

¹²¹ Se Bergeius Andersen (2005) s. 48.

¹²² Se Fougner m.fl. s. 294-295 og Bergeius Andersen (2005) s. 49.

¹²³ For eksempel LB-2005-117741 (Rt. 2007 s. 817)

¹²⁴ Se Wendelboe/Schwarz s. 51-53, og utdypet s. 133-139.

De ”ekte” klausulene inneholder etter sin formulering både en konkurranseklausul og en kundeklausul. Den kan være to selvstendige formulerte klausuler, der den ene skal vurderes etter § 38 og den andre etter § 36. Rettsanvenderen må i slike tilfeller skille de to klausulene fra hverandre og vurdere dem i forhold til korrekt bestemmelse.¹²⁵

De ”uekte” klausulene er klausuler som på bakgrunn av formuleringer eller betegnelse fremstår som én type klausul, men som i realiteten er en annen type. Det typiske eksemplet er kundeklausuler som er så vidtrekkende at de i realiteten er konkurranseklausuler. Hvis en kundeklausul omfatter så å si alle potensielle kunder for den forpliktete eller rettighetshaveren er i en monopolsituasjon, må kundeklausulen kunne likestilles med en normal konkurranseklausul siden den i praksis vil hindre personen i å utøve en virksomhet ”av en viss art”.¹²⁶ Paragraf 38 bør ikke kunne omgås ved at en kaller eller utformer klausulen som en kundeklausul. Det er realiteten og virkningen av klausulen som må være avgjørende¹²⁷.

Dette har vært særlig diskutert i dansk litteratur i forbindelse med tidligere standardklausuler for revisorbransjen. Det ble konkludert med at:

”Selvom den omhandlede bestemmelse udtrykkeligt henviser til den tidligere arbejdsgivers kunder, kan det tiltrædes, at bestemmelsen efter omstændighederne vil kunne få sådanne konsekvenser, at den må betragtes som en konkurrenceklausul og således være omfattet af aftalelovens § 38 og funktionærlovens § 18.”¹²⁸

7.3.3.4 Taushetsplikt

Taushetsplikt har en side til konkurranseklausuler ved at en arbeidsgiver eller kjøper kan beskytte kunnskapen i virksomheten ved å forplikte den andre part til å ikke dele den

¹²⁵ Se TFIOR-2006-25701 der retten skilte mellom de ulike delene av klausulen og vurderte dem etter hver sin bestemmelse (Opprettholdt i LG-2006-92490)

¹²⁶ Se Kvalsnes note 5.

¹²⁷ Se Langer s. 40 note nummer 19 og Hasselbalch s. 835.

¹²⁸ Se Langer s. 40-41 med videre henvisning til annen dansk litteratur.

kunnskapen vedkommende har. Taushetsplikt faller også trolig utenfor anvendelsesområdet til avtaleloven § 38.¹²⁹ For det første er det ingen virksomhet ”av en viss art” som forbys, det er kun en plikt til ikke å meddele andre den kunnskapen vedkommende har tilegnet seg mens ansatt hos arbeidsgiveren. For det andre er det i forarbeidene, i tilknytning til andre ledd om hvilken type klausuler underordende ikke kan inngå, fremhevet at de ”kan forpligte sig til ikke at røbe forretningshemmeligheter”.¹³⁰ Det er altså i forarbeidene åpnet for at taushetsplikt kan være et alternativ på områder der konkurranseklausuler er forbudt.

7.3.3.5 Bindingstidsklausuler.

Den siste gruppen av klausuler som faller utenfor anvendelsesområdet til § 38, er de såkalte bindingstidsklausulene. Det er klausuler som har som formål å sikre at arbeidstakeren blir hos arbeidsgiveren i en viss periode, for eksempel grunnet kunnskapen vedkommende har, og oppstiller som krav at arbeidstakeren må jobbe der for eksempel i to år.¹³¹ Dette står i motsetning til konkurranseklausuler som som regel har som formål å beskytte firmaets stilling etter at arbeidsforholdet er avsluttet.¹³² Bindingstidsklausulen forbyr ikke forpliktete å ta ansettelse eller drive en virksomhet av en viss art.¹³³ Den binder derimot vedkommende til å bli hos rettighetshaveren i en viss periode.¹³⁴

¹²⁹ Se Fougner (1999) s. 227, som henviser til Rt. 1964 s. 238 som et eksempel på en avgjørelse der det ”muligens er forutsatt” at taushetsplikt ikke er regulert av § 38.

¹³⁰ Se Utkastet s. 94.

¹³¹ Se Bergeius Andersen (2001) s. 273. For et eksempel på en bindingstidsklausul se RG 2004 s. 425 (Oslo).

¹³² Selv om en konkurranseklausul også kan ha den virkning at arbeidstakeren blir hos arbeidsgiveren.

¹³³ Bindingstidsklausuler kan også falle utenfor § 38 fordi klausulen ikke er begrunnet i konkurransehensyn, se Kvalsnes note 4.

¹³⁴ Se Bergeius Andersen (2001) s. 275 og fotnote nr. 1.

8 Tolkning av klausuler - hvem er parter og hvilke aktiviteter er omfattet

8.1 Innledning

I dette kapittelet vil to ulike problemstillinger som kan komme opp ved fastleggelsen av konkurranseklausulens anvendelsesområde, bli drøftet. For det første hvem som er parter i avtalen, og for det andre spørsmål knyttet til hvilke aktiviteter konkurranseklausulen utelukker, det vil si hvilke handlinger fra arbeidstakerens side som er omfattet og hvilke foretak som er konkurrerende. Jeg vil også si noe om konserner og oppkjøp av foretak.

8.2 Hvem får konkurranseklausuler virkninger for

Det er et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp at partene bare kan binde seg selv og ingen andre.¹³⁵ Spørsmålet er hvem som egentlig er parter etter konkurranseklausulen, og om konkurranseklausulen kan tolkes slik at den omfatter flere enn de som fremstår som parter.

8.2.1 Partene

Det må fastslås både hvem som er forpliktet og hvem som er rettighetshaver etter klausulen. Dette har betydning for hvem som må respektere klausulen, og for hvem som kan påberope seg klausulen og eventuelt gå til domstolen for å få den håndhevet. Videre har det betydning i forhold til hva som er å anse som konkurrerende virksomhet, både når det gjelder foretak og handlinger.

Det klare utgangspunktet er at det er de avtalen er inngått mellom, som er parter og bundet av den. For å komme frem til hvem som er part, må konkurranseklausulen tolkes.¹³⁶ Ved

¹³⁵ Se Woxholth s. 218.

skriftlige avtaler er det som regel de som er angitt og har skrevet under avtalen som er parter og bundet av den. Den som mener seg ubundet fordi avtalen ikke var ment å være bindende, eller det var meningen å binde noen andre, har bevisbyrden for at så er tilfelle.¹³⁷

Er konkurranseklausulen inngått som en del av en arbeidsavtale, er det naturlig å legge til grunn at den som er angitt som arbeidsgiver, også er å anse som rettighetshaver etter klausulen, og at arbeidstakeren er den forpliktete.¹³⁸

Hvis avtalen er muntlig, er gjerne situasjonen litt mer uoversiktlig siden det ikke foreligger noe skriftlig dokument som kan angi hvem klausulen er inngått mellom. Hvem som da er bundet, må avgjøres ut fra de bevisene som foreligger, men som det er konkludert med under avsnitt 6.2, er muntlige konkurranseklausuler i utgangspunktet like bindende som skriftlige.

8.2.1.1 Virksomhetsoverdragelse

Er situasjonen den at en virksomhet blir solgt, kan det oppstå spørsmål i tilknytning til om et salg av virksomheten har den virkningen at arbeidstakeren er fri fra konkurranseklausulen. Dersom arbeidstakeren fortsatt er bundet, er spørsmålet om den nye eller den tidligere eier er part.

Hvis det er aksjer eller andre selskapsandeler i et selskap som selges, skjer det ikke noe skifte av arbeidsgiver.¹³⁹ Virksomheten er den samme, og arbeidstakeren er fortsatt bundet

¹³⁶ Se LH-2003-132, gjennomgått nedenfor under avsnitt 8.3.2, i forbindelse med hvilken del av en virksomhet som forpliktete hadde ment å forplikte seg ovenfor. Uklarheter kan medføre at avtalen tolkes til fordel for den forpliktete, se Kvalsnes note 3.

¹³⁷ Se Woxholth s. 162. Se også LB-2005-1064 der vedkommende som mente at konkurranseklausulen var frafalt hadde bevisbyrden for at så var tilfelle.

¹³⁸ Se Paulsen/Sørensen s. 167, der dette er uttalt i forbindelse med konserner, men standpunktet bør også gjelde mer allment.

¹³⁹ Se Borgerud note 604.

av klausulen, med virksomheten som rettighetshaver representert ved den nye eieren av andelene.

Situasjonen er ikke like oversiktlig ved for eksempel fusjon av to selskaper, siden det da kommer inn en ny arbeidsgiver. Det arbeidsrettslige utgangspunktet ved virksomhetsoverdragelse er at arbeidstakerens rettigheter og plikter overføres til den nye arbeidsgiveren, jf. arbeidsmiljøloven § 16-2.¹⁴⁰

Spørsmålet er så om konkurranseklausuler er en rettighet for arbeidsgiveren, det vil si en plikt for arbeidstaker. Konkurranseklausuler er i juridisk teori ansett som en rettighet som overføres til den nye arbeidsgiveren.¹⁴¹ Konkurranseklausulen fremstår som en rettighet ved at den sikrer arbeidsgiveren mot å bli utsatt for konkurranse fra arbeidstakere for en periode etter at arbeidsforholdet er avsluttet. En ny arbeidsgiver er ofte i en særlig utsatt konkurransesituasjon siden han ikke selv er etablert på markedet ennå. Da vil konkurranseklausulen kunne gi arbeidsgiveren vern mot å bli utsatt for den ekstra konkurransen som medarbeidere som avslutter arbeidsforholdet kan medføre. En konkurranseklausul kan også minske risikoen for at arbeidstakere avslutter arbeidsforholdet i tilknytning til virksomhetsoverdragelsen, siden de ikke kan ta lignende arbeid for en periode fremover.¹⁴²

Konklusjonen blir etter dette at konkurranseklausuler som utgangspunkt er en rettighet ved virksomhetsoverdragelsen. Den nye arbeidsgiveren blir part i avtalen i stedet for den tidligere arbeidsgiveren, og arbeidstakeren er bundet overfor den nye eieren.¹⁴³

¹⁴⁰ Tilsvarende gjelder i dansk og svensk rett siden bestemmelsen er basert på Rdir. 2001/23/EF.

¹⁴¹ Se Borgerud note 609. Se også Paulsen/Sørensen s. 171-172.

¹⁴² Se Langer s. 197.

¹⁴³ Se l.c. I RG 1994 s. 587 (Agder) kom lagmannsrett frem til at morselskapet hadde trådt inn i konkurranseklausulen som var inngått med datterselskapet etter at datterselskapets virksomhet var blitt integrert i morselskapets virksomhet. Se også avsnitt 11.9 om arbeidstakeres reservasjonsrett.

Det avgjørende skjæringstidspunktet for om arbeidstakeren og konkurranseklausulen overføres til den nye arbeidsgiveren er om oppsigelsestiden er ute før eller etter tidspunktet for virksomhetsoverdragelsen.¹⁴⁴ Hvis arbeidstakerens oppsigelsestid er ute før overdragelsen, er han ikke en av arbeidstakerne som går over til den nye eieren, og tidligere eier er fortsatt rettighetshaver etter konkurranseklausulen. Hvis arbeidstakeren overføres ved virksomhetsoverdragelsen, trer den nye eier inn i avtalen og kan forfølge eventuelle brudd, tidligere og nye.¹⁴⁵

Det vil si at hvis det foreligger en overtredelse av en konkurranseklausul, vil den tidligere arbeidsgiveren være rettighetshaver hvis bruddet og fratredelsen skjedde før overdragelsen. Tilsvarende hvis bruddet skjedde etter overdragelsen, men arbeidstaker ikke var omfattet av overdragelsen. Imidlertid er det den nye arbeidsgiveren som kan forfølge brudd på konkurranseklausulen som har skjedd før eller etter virksomhetsoverdragelsen hvis arbeidsforholdet ble videreført ved virksomhetsoverdragelsen.

Selv om dette er utgangspunktet, kan den tidligere arbeidsgiveren i enkelte tilfeller være forpliktet overfor sin kontraktspart til å forfølge eventuelle overtredelser. En slik forpliktelse kan være avtalt mellom partene, eller den kan følge av en alminnelig lojalitetsplikt mellom kontraktsparter. Selv om overtredelsen skjer fra arbeidstaker som ikke gikk over ved virksomhetsoverdragelsen, kan overtredelsen av konkurranseklausulen medføre at virksomhetens konkurranseevne blir svekket. I denne situasjonen kan det være viktig for den nye eieren å ha mulighet til å kreve at den tidligere arbeidsgiveren forfølger overtredelsen, siden tidligere eier ikke alltid har noen interesse, økonomisk eller annen, i å selv forfølge overtredelsen.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Se ordlyden i § 16-2, Borgerud note 609, arbeidsforholdet må eksistere på overdragelsestidspunktet for å være omfattet, og Fougner/Holo note 2 til § 16-2 s. 944.

¹⁴⁵ Se Carlsen s. 410 og Langer s. 198. Se også Borgerud note 609 angående hvilke krav som overføres.

¹⁴⁶ Se Carlsen s. 410 og Langer s. 198. Men det er ikke alltid den tidligere arbeidsgiveren har mulighet til å forfølge brudd på konkurranseklausulen. I U.1968.117S påpekte retten at den tidligere eieren ikke lenger hadde noen interesse i å kreve opprettholdelse av klausulen.

Hvis konkurranseklausulen er inngått mellom kjøper og selger ved et foretakssalg, er ikke konkurranseklausulens stilling ved videresalg av foretaket regulert av arbeidsmiljøloven. Konkurranseklausulens stilling etter salget må da avgjøres etter de alminnelige obligasjonsrettslige reglene. Utgangspunktet er at krav kan selges, slik at det skjer et kreditorskifte.¹⁴⁷ Dette må også gjelde for konkurranseklausuler, med mindre de opprinnelige partene har avtalt at det ikke kan gjøres.¹⁴⁸ Imidlertid vil den forpliktedes plikter ikke kunne utvides som følge av overdragelsen, og den tidligere rettighetshaveren kan ikke fri seg fra sine forpliktelser til for eksempel å betale vederlag, ved å overdra av konkurranseklausulen.¹⁴⁹ Om den nye eller tidligere eieren kan forfølge eventuelt tidligere brudd på konkurranseklausulen, må avgjøres ved en tolking av avtalen mellom partene.

8.2.2 Rettsvirkinger for andre enn dem klausulen er "inngått" mellom

Det kan oppstå situasjoner der andre enn dem klausulen fremstår inngått mellom, ønsker å påberope seg konkurranseklausulen, eller at en rettighetshaver påstår at flere er forpliktet enn det som fremgår ved første øyekast. I hvert enkelt tilfelle må klausulen tolkes for å avgjøre om også andre kan påberope seg klausulen eller er bundet av den. Nedenfor vil ulike situasjoner som har vært oppe for domstolene, bli drøftet. Til slutt vil noen momenter

Partene bør i forbindelse med virksomhetsoverdragelsen bli enige om hvem som skal betale et eventuelt vederlagskrav som følger av konkurranseklausulen, for arbeidstakere som ikke gikk over ved virksomhetsoverdragelsen. Hvis vederlaget ikke betales vil konkurranseklausulen bortfalle grunnet arbeidsgiverens mislighold av avtalen. Se Klingsten s. 234, der det fastslås at overdrageren fortsatt er forpliktet overfor den tidligere arbeidstakeren.

¹⁴⁷ Se Hagstrøm s. 856-858.

¹⁴⁸ Se *ibid.* s. 859. Formuleringen av konkurranseklausulen i LE-1992-318 kan trolig tolkes som et forbud mot overdragelse av konkurranseklausulen. Også mellom arbeidsgiver og arbeidstaker kan det trolig avtales at konkurranseklausulen bortfaller eller at lengden forkortes hvis virksomheten overdras. Forutsetningen er at avtalen er til gunst for arbeidstakeren, jf. arbeidsmiljøloven § 1-9. Avtalen må for eksempel ikke frata arbeidstakeren anledningen til å være med over ved en virksomhetsoverdragelse hvis vedkommende ønsker det. Se også Langer s. 198 om "escape"-vilkår.

¹⁴⁹ Se Hagstrøm s. 862 og 869.

som kan utledes av avgjørelsene og som kan ha betydning for tolkingen i andre tilfeller, bli påpekt.

Hvem som er rettighetshaver etter en konkurranseklausul, var oppe for Borgarting lagmannsrett i LB-2001-139. Et selskap ønsket å påberope seg en konkurranseklausul som var del av en aksjonæravtale. Det fremgikk av avtalen at den var inngått mellom aksjonærene, ikke med selskapet, og regulerte kontraktsforholdet mellom aksjonærene. Retten fant, etter å ha foretatt en konkret tolking av avtalen, at det var tvilsomt om aksjonæren hadde påtatt seg noen forpliktelse overfor selskapet slik at selskapet kunne ”kreve at [aksjonæren] avhold[t] seg fra konkurrerende virksomhet”.¹⁵⁰ Imidlertid utelukket ikke retten uttrykkelig at det kan forekomme situasjoner der en klausul kan tolkes slik at flere enn de som fremstår som parter, er rettighetshavere.¹⁵¹

Hvem som er forpliktet etter en konkurranseklausul, har vært oppe for domstolene ved en rekke tilfeller. Blant annet har domstolene vurdert om et foretak er forpliktet grunnet den stilling den som er part i konkurranseklausulen har i foretaket. Et eksempel er LE-1996-362. Spørsmålet var om et selskap som var dannet blant annet av to personer som var bundet av en konkurranseklausul, også var bundet av konkurranseklausulen. Firmaet argumenterte med at det ikke hadde vært part ”i de avtaler der avtaleklausulene i saken her er inntatt, og disse klausulene kan da ikke gjøres gjeldende ...”. Denne argumentasjonen ble avvist av retten, som uttalte følgende: ”Man kan ikke omgå denne type klausuler ved å starte et aksjeselskap som så skal kunne drive virksomhet som personene bak ikke selv hadde hatt adgang til å drive.”

Spørsmålet om et foretak blir bundet av ansattes konkurranseklausuler, har flere likhetstrekk med forbudet mot å utnytte kunnskap som andre er forpliktet til ikke å dele, jf.

¹⁵⁰ Imidlertid tok ikke retten endelig standpunkt til spørsmålet siden det ikke var avgjørende for saken.

¹⁵¹ Se også TOSLO-2004-78614 (ikke rettskraftig) der tingretten fastslo at det var morselskapet og ikke datterselskapet som var part i de avtaler der konkurranseklausulen og konvensjonalboten fremgikk, og rettighetene var ikke overført, selv om arbeidsgiveransvaret var delt mellom selskapene.

markedsføringsloven §§ 1, 7 og 8. For konkurranseklausuler er utgangspunktet at et foretak som har ansatt en person som er bundet av en konkurranseklausul, ikke blir bundet av konkurranseklausulen selv. Klausulen er som regel en personlig forpliktelse for arbeidstakeren.¹⁵²

Domstolene har også vurdert problemstillingen om en person kan bli bundet av et foretaks konkurranseklausul. I LB-2002-2780 var en virksomhet som drev med salg av utstyr og forbruksmateriell til veterinærbransjen, solgt. I forbindelse med salget ble det inngått en konkurranseklausul som bandt selgeren til ikke å konkurrere med kjøperen. Aksjeselskapet var angitt som selger. På dette grunnlag argumenterte personen med at han ikke var bundet, men lagmannsretten kom frem til at han var bundet. Det var ikke tvil om at kjøperen hele tiden hadde ment at personen skulle være omfattet av konkurranseklausulen, og det hadde foreligget en felles forståelse under forhandlingene. Dette måtte også ha fremstått som klart for denne personen, og lagmannsretten mente at han da hadde en plikt til å avklare situasjonen hvis han mente at han ikke skulle være bundet. Siden han ikke hadde gjort det, konkluderte lagmannsretten med at han var omfattet av konkurranseklausulen.¹⁵³

I LB-2000-824 ønsket rettighetshaveren å inkludere ektemannen i konas konkurranseklausul. Det var klart at mannen i en rekke år hadde arbeidet sammen med kona i hennes agentvirksomhet, der de drev med utleie av danske feriehus. Rettighetshaveren visste at mannen arbeidet sammen med kona, men hadde tidligere tatt det standpunkt at det ikke ønsket å inkludere ham i samarbeidsavtalen. Etter å ha fastslått dette faktum konkluderte lagmannsretten med at det ikke var ”grunnlag for å anse ham

¹⁵² Se LB-2004-7364.

¹⁵³ Et lignende eksempel er LE-1993-1612. Kjøperen var blitt opplyst om at den eventuelt forpliktete, som også ble ansatt som daglig leder, var aksjonær i virksomheten som ble kjøpt. Det viste seg senere ikke å stemme, og vedkommende var dermed ikke etter ordlyden omfattet av konkurranseklausulen som var inngått med selgerne, det vil si aksjonærene. At vedkommende ikke var omfattet av ordlyden, ble ikke avgjørende for lagmannsretten, siden retten fant det bevist at det hele tiden hadde vært meningen at vedkommende skulle være bundet av konkurranseklausulen, noe han selv også måtte ha vært inneforstått med, og han ble ansett bundet av konkurranseklausulen.

bundet av avtalen og konkurranseklausulen ut fra den konstruksjon at ektefellene i realiteten [hadde] drevet agentvirksomheten i kompaniskap eller at [ektemannen] må identifiseres med sin ektefelle for så vidt gjelder klausulen”.¹⁵⁴

I RG 1964 s. 549 (Nes) ble derimot begge ektefellene ansett å være omfattet av konkurranseklausulen. Retten konkluderte med at en ”anstendig og fornuftig fortolkning av konkurranseklausulen, som [kona] hadde fullt kjennskap til, må ramme slike arrangementer som ektefellene (...) her har etablert, og det uansett om det bare er mannens navn som er nevnt i kontrakten. Man kan ikke ved å alliere seg med sin ektefelle på en slik måte komme unna en forpliktelse en har påtatt seg”.

Ut fra disse avgjørelsene kan det utledes momenter som kan være av betydning ved avgjørelsen av om andre enn de som i utgangspunktet fremstår som bundet av klausulen, er omfattet. For det første har domstolene slått ned på forsøk på omgåelse av konkurranseklausulene. Det vil si at hvis en forpliktet eksempelvis lar kona stå som eier av foretaket, vil trolig domstolen legge de reelle forhold til grunn. Hvis en domstol vurderer om et firma skal være bundet av en persons konkurranseklausul, vil det kunne være av betydning hvilken innflytelse den forpliktete har, om personen er ansatt eller er medeier, og hvilken forbindelse det er mellom selskapet og den ansatte. For det andre har domstolene vektlagt partens forutsetninger om hvem som skal være omfattet av klausulen og hva som har fremkommet under forhandlingene. Domstolene har da i enkelte tilfeller sett bort fra at personen ikke er omfattet av ordlyden. Til slutt må hele avtaleforholdet mellom partene ses under ett. Konkurransesklausulen er ofte tilknyttet en annen avtale som kan inneholde forpliktelser for rettighetshaveren. Hvis rettighetshaveren ikke har ønsket å påta seg disse forpliktelsene overfor en eventuelt forpliktet etter konkurranseklausulen, kan det tilsi at vedkommende ikke er omfattet.

¹⁵⁴ RG 1939 s. 300 (Sør- Hedmark) er også et eksempel på at kona ikke hadde trådt inn i den avtalen hennes avdøde ektemann hadde inngått. Det at hun hadde fortsatt virksomheten var ikke tilstrekkelig for å videreføre alle vilkårene. Rettighetshaveren løp risikoen ved å ikke slutte en ny kontrakt.

8.3 Hvilke aktiviteter er omfattet av konkurranseklausuler

Det kan også oppstå problemer knyttet til hvilke foretak forpliktete ikke kan ta ansettelse i, generelt og i forbindelse med konserner og ved foretakssalg spesielt, og hvilken type aktiviteter forpliktete selv ikke kan etablere eller drive.

8.3.1 Generelt

For å kunne avgjøre hvilke aktiviteter den forepliktede ikke kan arbeide med, etablere eller drive, må konkurranseklausulen tolkes.¹⁵⁵ I utgangspunktet skal tolkingen skje i samsvar med alminnelige avtalerettslige tolkingsprinsipper.¹⁵⁶

For å avgjøre hvilke typer aktiviteter som er konkurrerende er det som regel nødvendig å vite hvem som er part og dermed er vernet av klausulen, med mindre de konkurrerende aktiviteter eksplisitt er nevnt i konkurranseklausulen.

Med utgangspunkt i alminnelige tolkingsprinsipper er det partenes felles oppfatning av hvilke aktiviteter som er omfattet, som skal legges til grunn.¹⁵⁷ Kan ikke en felles oppfatning fastlegges, er det ordlyden og en naturlig språklig forståelse av den som er utgangspunktet for tolkingen av klausulen.¹⁵⁸ For partene i avtalen er det viktig med foruberegnelighet, og det taler for å vektlegge ordlyden i stor grad. Det gjelder typisk på kommersielle områder, for eksempel ved salg av et foretak mellom to profesjonelle parter.¹⁵⁹ For den enkelte arbeidstaker er forutberegnelighet viktig for å kunne forutse ens arbeidsmuligheter ved inngåelsen av konkurranseklausulen og hvilke konsekvenser avtalen

¹⁵⁵ Se for eksempel LE-2005-161292 og RG 2004 s. 641 (Gulating).

¹⁵⁶ Se Borch/Fougner s. 86 og Adlercreutz/Flodgren s. 125.

¹⁵⁷ Se Woxholth s. 403.

¹⁵⁸ Se Woxholth s. 408 og for eksempel LE-2005-161292 der lagmannsretten tolket konkurranseklausulens ordlyd for å komme frem til hvilke aktiviteter arbeidstakeren ikke kunne foreta. Lagmannsretten påpekte bakgrunnsrettens, det vil si § 38, betydning ved tolkingen av konkurranseklausulen, og at det ved tolkingstil måtte velges en tolking som tok hensyn til "urimelighets- og nødvendighetskriteriene i § 38".

¹⁵⁹ Se Woxholth s. 408-409 og RG 2004 s. 641 (Gulating)

vil kunne ha for fremtiden. Forutberegnelighet er også viktig for å unngå å ta en ansettelse som strider mot konkurranseklausulen. Dette taler mot å tolke klausulen utvidende til ugunst for arbeidstakeren.¹⁶⁰

Klausulen kan være mer eller mindre klart formulert. Hvis den for eksempel er formulert slik at all konkurrerende virksomhet, direkte og indirekte, er forbudt så må hele rettighetshaverens virksomhet som utgangspunkt være omfattet og vernet. Det vil si slik virksomheten fremstår ved avslutningen av arbeidsforholdet, selv om den har endret seg siden vedtakelsen av klausulen.¹⁶¹

Hvis det er tvil om hvilken forståelse som skal legges til grunn ved tolkingen av konkurranseklausulen, vil klausul som regel tolkes til ugunst for den part som burde uttalt seg klarere, som oftest forfatteren. Ved konkurranseklausuler er det som regel arbeidsgiver eller kjøperen av virksomheten som har forfattet klausulen.¹⁶² Men det kan også være tilfeller der den forpliktete burde uttalt seg klarere og klausulen tolkes negativt for den forpliktete. Hvis det er tvil om hvilken type aktiviteter eller hvilke andre foretak som er omfattet, vil det på bakgrunn av denne regelen som regel medføre at det minst tyngende tolkingsalternativet for den forpliktete vil komme til anvendelse, slik at færrest aktiviteter omfattes.¹⁶³

¹⁶⁰ Se LB-1995-1050.

¹⁶¹ Se Adlercreutz/Flodgren s. 126 og Hasselbalch s. 838.

¹⁶² Se LA-2004-1961 der lagmannsretten uttaler følgende: "Det tilføyes at bestemmelsen er noe uklar, men i slike tvilstilfeller må kontrakten tolkes mot den som burde ha uttalt seg tydeligere."

¹⁶³ Se Dege s. 258 som uttaler følgende: "En klausul skal ikke tolkes utvidende. (...) Idet man må kunne gå ut fra at det er arbeidsgiver som er den presumptivt sterke part, bør tvil om klausulens rekkevidde tolkes innskrenkende i arbeidstakerens favør." Se også Woxholth s. 433-435, om ulike tolkingsregler, og Adlercreutz/Flodgren s. 125.

8.3.2 Konserner

Et konsern består av et morselskap og ett eller flere datterselskaper, som alle er selvstendige rettssubjekter.¹⁶⁴ I dette avsnittet vil to ulike problemstillinger knyttet til anvendelsesområdet for en konkurranseklausul som gjelder konserner bli drøftet. Den første knytter seg til hvilke deler av konsernet som er vernet mot fremtidig konkurranse. Er det kun den delen den ansatte er ansatt i, eller større deler av konsernet? Den andre problemstillingen kan oppstå i forbindelse med at en som er bundet av en konkurranseklausul, tar ansettelse i et foretak som er del av et konsern. Den delen av konsernet vedkommende tar ansettelse i, konkurrerer ikke med tidligere arbeidsgiver, men andre deler gjør det. Kan den ansatte da ta ansettelse i den delen av konsernet som ikke driver konkurrerende virksomhet?

Utgangspunktet er her det samme som ellers: Hver enkelt klausul må tolkes for å avgjøre hva som er omfattet. Jeg vil nevne momenter som kan være av betydning for tolkingen.

Spørsmålet om hvilke deler av en større virksomhet som er vernet, var oppe i LH-2003-132.¹⁶⁵ Det var ikke tale om et konsern, men et selskap som var delt opp i flere selvstendige enheter. Arbeidsavtalen som konkurranseklausulen var en del av, nevnte navnet på avdelingen og at avdelingen var en divisjon i et større selskap. En brosjyre ble også utdelt, der avdelingen ble presentert som en ”selvstendig enhet med egen administrasjon og egne produkter”, og det var ikke noe som knyttet avdelingen til resten av selskapet. Etter å ha vurdert situasjonen ved avtaleinngåelsen og selve avtalen, kom lagmannsretten til at det ikke var noe som ga ”holdepunkter for å anta at [arbeidstakeren] mente å forplikte seg til å avstå fra konkurranse med andre enn Dyna Systems og de produkter denne divisjonen av NCH Norge AS markedsfører”.

¹⁶⁴ Se Andenæs s. 30 og s. 42-43.

¹⁶⁵ Avgjørelsen er også en illustrasjon på hvem som er part i avtalen, se avsnitt 8.2.1.

Selv om denne avgjørelsen gjaldt avdelinger i et firma bør tilsvarende gjelde når det er tale om konserner. Et konsern består av selvstendige rettssubjekter som rettslig sett er atskilt, og arbeidstakerens arbeidsoppgaver knyttes vanligvis til ett av foretakene i konsernet. Det vil si at som et utgangspunkt er det kun delen av konsernet som forpliktete er ansatt i, det enkelte foretak, som er vernet av konkurranseklausulen. Hvilke deler av et konsern som er vernet av konkurranseklausulen, bør også ses i sammenheng med vilkåret om at klausulen ikke skal "strække sig lenger end paakrævet". Hvis en arbeidstaker kun har innsikt i den delen av konsernet som han selv jobber i, vil det som regel ikke være påkrevet å verne hele konsernet.¹⁶⁶

Fra dette utgangspunktet kan det tenkes unntak, for eksempel i forbindelse med personer i mer overordnede stillinger, eller personer som er tilknyttet utviklingsavdelinger i konsernet som går på tvers av de selvstendige enhetene. Momenter i vurderingen er blant annet ordlyden, om arbeidstakeren kun har innsikt i sitt eget foretak eller også i andre deler av konsernet, om det er andre hensyn som tilsier at hele konsernet har et behov for vern og hvor selvstendige de ulike delene av konsernet er.¹⁶⁷ Men, som det også er påpekt i LH-2003-132, bør det kreves at kontakten på tvers av de ulike delene av konsernet må være av viss utstrekning for at en større del av konsernet skal være vernet.¹⁶⁸

Vurderingen av konkurranseklausulens avendelsesområde når noen deler av det "nye" konsernet konkurrerer med den tidligere arbeidsgiveren, ligner i stor utstrekning vurderingen av hvilke deler av konsernet som er vernet. Utgangspunktet bør være at arbeidstakeren ikke er forhindret fra å ta ansettelse i den delen av det nye konsernet som ikke er i konkurranse med tidligere arbeidsgiver. Men også her kan det tenkes unntak, og

¹⁶⁶ Se avsnitt 9.2. Se også dansk teori med tilsvarende synspunkt angående konserner, for eksempel Paulsen/Sørensen s. 168.

¹⁶⁷ Se Dege s. 259 og Paulsen/Sørensen s. 167 - 168.

¹⁶⁸ Lagmannsretten uttaler følgende: "Den omstendighet at [arbeidstakeren] ... i noen utstrekning har samarbeidet med en ansatt i en annen av ... divisjon[ene], kan ikke ses å innebære en utvidelse av rammen for de forpliktelser han tidligere hadde påtatt seg."

det avgjørende må igjen være hva klausulen etter en tolking omfatter. Momenter i denne vurderingen er om hvor separate de ulike enhetene i konsernet er, spesielt med tanke på ledelse og budsjetter, om det er utstrakt samarbeid ved utvikling av produkter, hvilken type stilling den ansatte skal ha, og om den kunnskapen personen har, lett vil kunne utnyttes av de andre delene av konsernet. Domstolene må også kunne slå ned på eventuelle forsøk på omgåelse, ved å ikke tillate ansettelse i andre deler av et konsern som fremstår som et påskudd. Også dansk teori har med støtte i rettspraksis lagt til grunn at en ikke skal kunne omgå klausulen ved formelt å ta ansettelse i en annen del av konsernet.¹⁶⁹

8.3.3 Foretakssalg

I forbindelse med kjøp og salg av foretak kan det oppstå tvil om konkurranseklausulens anvendelsesområde. Spørsmålet er hvor stor del av det ”nye” foretaket som er omfattet av konkurranseklausulen når det skjer en slik ”utvidelse” av foretaket. Er konkurranseklausulen begrenset til de aktiviteter som foretaket drev med da vedkommende signerte, eller er også det utvidete aktivitetsområdet beskyttet mot konkurranse fra arbeidstakeren?

I det følgende vil for det første spørsmålet om arbeidstakeren kan hindre en utvidelse av anvendelsesområdet av klausulen ved en virksomhetsoverdragelse, hvis utvidelsen er innenfor en naturlig tolking av klausulens ordlyd, bli drøftet. Og for det andre vil spørsmålet om arbeidstakeren kan kreve at konkurranseklausulens anvendelsesområde blir begrenset til det klausulen omfattet før foretaket vedkommende er ansatt i kjøpte opp et annet foretaket, bli vurdert. Den siste spørsmålet er særlig aktuelt hvis det oppkjøpte foretaket har vokst og blitt det dominerende i sammenslutningen.

Utgangspunktet er klart; arbeidstakeren har ingen plikt å til godta en ny konkurranseklausul som også omfatter et nytt og utvidet anvendelsesområde, for eksempel med den begrunnelse at virksomheten har blitt en del av et konsern. Arbeidsgiveren kan ikke

¹⁶⁹ Se Paulsen/Sørensen s. 168 flg. og Langer s. 51 flg.

pålegge arbeidstakeren slike forpliktelser.¹⁷⁰ På den andre siden er en virksomhetsoverdragelse som utgangspunkt heller ikke et grunnlag i seg selv for å fri seg fra konkurranseklausulen.¹⁷¹

Begge spørsmål har vært diskutert i dansk teori. Langer har drøftet den første situasjonen, der arbeidstakeren går over ved en virksomhetsoverdragelse. Situasjonen kan eksempelvis være at det i konkurranseklausulen er et forbud mot å konkurrere med ”konsernet”, og hvis dette konsernet blir kjøpt opp av et større konsern, oppstår spørsmålet om klausulen omfatter hele det nye konsernet, eller kun det gamle. Først slår han fast at arbeidstakeren ikke plikter å godta en utvidelse av anvendelsesområdet. Langer mener at arbeidstakeren må kunne hindre at hele det nye konsernet blir omfattet av klausulen. Imidlertid påligger det arbeidstakeren en aktivitetsplikt, det vil si at vedkommende må gå aktivt til verks og protestere mot utvidelsen og kreve at det opprinnelige anvendelsesområdet fastholdes. Langer mener videre at arbeidstakeren har en rett til å si opp hvis arbeidsgiveren nekter å godta en slik forståelse av konkurranseklausulen. Hvis arbeidstakeren sier opp, mener Langer at arbeidsgiveren ikke kan gjøre konkurranseklausulen gjeldende, ettersom arbeidsgiveren har gitt arbeidstakeren rimelig grunn til å si opp i forhold til § 38 (2), som tilsvarende vår § 38 (3).¹⁷²

Den andre situasjonen, hvor det er skjedd et oppkjøp av et foretak og arbeidstakeren er ansatt i det foretak som kjøper opp, diskuteres av Paulsen og Sørensen. De slår først fast tilsvarende utgangspunkt som Langer; arbeidstakeren er ikke pliktig til å godta en utvidelse. Videre påpeker de at hvis fratredelsen skjer like etter at oppkjøpet er skjedd, er

¹⁷⁰ Jf. avsnitt 6.1. Tilsvarende Paulsen/Sørensen s. 172 og Langer s. 197.

¹⁷¹ Se Langer s. 197 og avsnitt 8.2.1.1 om virksomhetsoverdragelse.

¹⁷² Se Langer s. 143 og 197. Langer legger her trolig til grunn et vidt virksomhetsoverdragelsesbegrep, i forhold til de situasjonene han drøfter, se s. 197-198. Se også Wendelboe/Schwarz s. 262 som drøfter tilsvarende knyttet opp til virksomhetsoverdragelsesloven.

Domstolen må foreta en vurdering av om situasjonen innebærer at vilkårene i § 38 (3) er oppfylt, det vil si om det er skjedd en uberettiget utvidelse av klausulen. Om der skjedd en utvidelse ved ulike typer overdragelser, se Langer s. 198.

det klart hvilken del av virksomheten som arbeidstakerens konkurranseklausul omfatter. Men ettersom tiden går kan det oppstå problemer, siden de ulike virksomhetene ikke lenger er like lett å skille fra hverandre. Hvis den oppkjøpte mindre virksomheten vokser seg til å bli den dominerende, mener Paulsen og Sørensen at konkurranseklausulen vil kunne få et utvidet anvendelsesområde hvis utvidelsen kan tilbakeføres til tiden som er gått, og ikke selve oppkjøpet.¹⁷³

En kombinasjon av løsningene til Langer og Paulsen og Sørensen bør kunne overføres til norsk rett for å løse begge problemstillingene. Arbeidstakeren bør ha en viss form for beskyttelse mot utvidelse av anvendelsesområdet for konkurranseklausulen som han ikke kunne forutse ved inngåelsen av klausulen, og som ikke kan tilbakeføres til en naturlig vekst eller utvikling av virksomheten vedkommende er ansatt i, selv om det er innenfor ordlyden.¹⁷⁴ Hvis det er skjedd en virksomhetsoverdragelse, kan en slik ”beskyttelse” kanskje utledes fra kravet om at lønns- og arbeidsvilkårene ikke kan endres til ugunst for arbeidstakeren, hvis det ikke foreligger en avtale om det.¹⁷⁵ En utvidelse av konkurranseklausulens anvendelsesområde, som har sin begrunnelse i ”utenforliggende” faktorer som arbeidstakeren ikke kunne forutse, bør kunne anses for en endring til ugunst for arbeidstakeren. Reelle hensyn taler også mot at konkurranseklausuler gis et utvidet anvendelsesområde til ugunst for arbeidstakeren.

Hvilke deler av foretaket/konsernet som i hvert tilfelle er vernet, må avgjøres ved en tolking av klausulen, men hensynet til den ansatte bør her være av stor betydning. Utgangspunktet må være at det ikke skal skje en utvidelse ved at virksomheten er kjøpt eller har kjøpt opp en annen virksomhet. Arbeidstakeren bør videre ha en rett til å protestere mot en plutselig utvidelse av det området som er beskyttet av klausulen, både når

¹⁷³ Se Paulsen/Sørensen s. 172.

¹⁷⁴ Hvis det skjer en naturlig utvikling av virksomheten uten oppkjøp eller lignende må det klare utgangspunkt være at arbeidstakeren er omfattet i den utstrekning det faller inn under en naturlig forståelse av klausulen. Det er normalt at virksomheten vil ha en viss utvikling, se Hasselbalch s. 838.

¹⁷⁵ Se Fougner/Holo note 2 til § 16-2 på s. 952.

det gjelder antall foretak og aktivitetsområder. Unnlatelse av å protestere kan imidlertid ikke tolkes som et frafall av denne rettigheten. Det er ikke alltid det foreligger grunn til å protestere; situasjonen kan fremstå som uklar, og det er ikke alltid oppkjøpet fremstår som en utvidelse. At arbeidsgiveren her vil oppnå en fordel knyttet til klausulens anvendelsesområde når situasjonen er uklar, fremstår heller ikke som en god løsning sett i sammenheng med de grunnleggende hensynene bak § 38. Hvis arbeidstakeren protesterer, bør vedkommendes stilling være styrket. Arbeidstakeren bør ha en rett til å si opp med den virkning at konkurranseklausulen bortfaller, hvis begrunnelsen for oppsigelsen er arbeidsgivers ubegrunnede nektelse av å godta arbeidstakerens forståelse av klausulens anvendelsesområde.¹⁷⁶ Hvis det er gått lang tid etter at virksomhetene ble til én, kan det være mer problematisk å avgjøre hvilken del som er vernet mot konkurranse. Det avgjørende vil ofte være om de ulike delene kan skilles og tilbakeføres til slik det var før oppkjøpet, eller om de er blitt én enhet. Hvis det ikke er mulig å skille dem fra hverandre, vil det også være vanskelig å angi det tidligere anvendelsesområdet for klausulen. Kan ikke virksomhetene skilles fra hverandre, må arbeidsgiveren under enhver omstendighet vise at det er behov for å binde arbeidstakeren i forhold til hele foretaket.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Se § 38 (3) og avsnitt 11.6.

¹⁷⁷ Jf. avsnitt 9.2.

9 Paragraf 38 første ledd

Ved siden av de kumulative vilkårene som må være oppfylt for at bestemmelsen skal komme til anvendelse, oppstiller første ledd to alternative vilkår. Konkurransesklausulen må enten ”urimelig [innskrenke]... adgang[en] til erhverv”, eller ”strække sig længer end påkrævet” for at den forpliktete ikke skal være bundet, helt eller delvis.¹⁷⁸ I dette kapitlet vil disse to vilkårene bli gjennomgått.

9.1 Forholdet mellom de alternative vilkårene i første ledd.

Det må vurderes hvordan disse to alternative vilkårene forholder seg til hverandre. Vilrårene gir anvisning på to separate vurderinger, selv om mange av de samme momentene er relevant i begge vurderingene. Spørsmålet er om det kan utledes noen bindende rekkefølge for hvilket av de to alternativene som skal vurderes først.

Ut fra rettskildene kan det ikke etter min mening utledes noen bindende rekkefølge for hvilken av vurderingene som skal foretas først. Etter ordlyden kommer ”urimelig”-alternativet først. Valget av rekkefølge er ikke kommentert i forarbeidene. I den danske lovteksten er den motsatte rekkefølgen er valgt. Heller ikke av rettspraksis eller juridisk teori kan utledes noen fast rekkefølge for hvilket alternativ som skal vurderes først.¹⁷⁹ I Danmark har Poulsen tatt et aktivt standpunkt til i hvilken rekkefølge vilrårene skal vurderes. Han vil begynne med påkrævet-alternativet og deretter ta stilling til om

¹⁷⁸ Se Utkastet s. 90; ”hver for sig er tilstrækkelig til at medføre ugyldighet”.

¹⁷⁹ I LH-2002-1071 vurderte lagmannsretten påkrævet-vilkåret først, og LB-2004-12006 der lagmannsretten behandler urimeligvilkåret først. I LB-2000-3622 (Rt. 2001 s. 301) drøfter retten påkrævet-alternativet først, og deretter i forhold til urimelig-alternativet uten særlige nye momenter. Fougner (1999) og Bergeius Andersen (2005) vurderer vilrårene i forskjellig rekkefølge.

klausulen en eventuelt sitter igjen med, strekker seg urimelig langt.¹⁸⁰ Imidlertid følger, som nevnt, den samme rekkefølgen av den danske lovteksten. Heller ingen reelle hensyn, som jeg kan se, tilsier at det bør være en fast rekkefølge. Domstolene må kunne velge den rekkefølgen som er mest hensiktsmessig i hver enkelt sak.

Når det gjelder gjennomgangen av alternativene, vil jeg i denne fremstillingen begynne med påkrevet-alternativet. Dette for å unngå mest mulig dobbeltbehandling av momentet ”rettighetshaverens interesser”. Momentet kommer inn i forhold til begge alternativene, men er det sentrale i påkrevet-alternativet. Dette i motsetning til den forpliktedes subjektive interesser som er det sentrale i tilknytning til urimelighetsalternativet, og som ikke er av betydning i forhold til påkrevet-alternativet. Momentene knyttet til klausulens betydning for partene vil ved denne rekkefølgen bli vurdert først og mest inngående der de er mest sentrale.

9.2 ”Strække sig længer end paakrævet”

9.2.1 Innledning

Fokus for dette alternativet er rettighetshaverens behov for vern, ved at klausulen ikke skal gå lengre enn det som er nødvendig for verne rettighetshaveren. Den berettigede part må ha en reell interesse i at klausulen opprettholdes.¹⁸¹

Det er først og fremst tre momenter som kommer inn i vurderingen av om konkurranseklausulen strekker ”sig længer end paakrævet”: De interesser rettighetshaveren ønsker å verne ved klausulen og det behov foretaket har for vern av disse interessene, hvilken tidsperiode vernet gjelder, og hvilket geografisk område klausulen skal omfatte. Nedenfor vil disse momentene bli gjennomgått, og til slutt vil andre momenter som eventuelt kan komme inn bli påpekt.

¹⁸⁰ Se Poulsen s. 50.

¹⁸¹ Se Langer s. 142.

9.2.2 Rettighetshavers behov for vern

Ved vurderingen av hvilke interesser den annen part kan kreve vernet, er det viktig å ha i mente den grunnleggende forutsetning i bestemmelsen: Konkurransesklausulen skal gi rettighetshaveren et vern mot konkurranse.¹⁸² Det vil si at det må foreligge kunnskap som det er av konkurransemessig betydning å verne.¹⁸³

I vurderingen av om rettighetshaveren har en beskyttelsesverdig interesse, er det to ulike forhold som er av betydning. For det første må det vurderes om rettighetshaveren generelt har kunnskap eller andre forhold som er av konkurransemessig interesse å verne, og for det andre må det vurderes om den forpliktete som er bundet av konkurransesklausulen har kjennskap til de forholdene rettighetshaveren ønsker å verne. Det rettighetshaveren har en rett til, er å beskytte seg mot den ekstraordinære konkurransen.¹⁸⁴

9.2.2.1 Rettighetshavers konkurransemessige interesse

Den konkurransemessige interesse innebærer at det må foreligge en eller annen form for spesialkunnskap, opplæring eller lignende, og at denne kunnskapen har konkurransemessig betydning.

Den konkurransemessige interesse rettighetshaveren har som begrunnelse for en konkurransesklausul, kan oftest plasseres i en eller flere av tre grupper. For det første ønsket om å beskytte kundekretsen, for det andre ønsket om å beskytte forretningshemmeligheter, knowhow og lignende, og for det tredje ønsket om å beholde nøkkelpersoner eller personer foretaket har betalt utdannelse eller lignende for.¹⁸⁵

¹⁸² Se Utkastet s. 91 og Bugge s.137-138.

¹⁸³ Se Bergeius Andersen (2005) s. 43.

¹⁸⁴ Se Poulsen s. 48-49.

¹⁸⁵ Se Adlercreutz/Flodgren s. 15-16.

Hvis arbeidstakeren har fått innblikk i kundekrets og forretningshemmeligheter, er det uttalt i forarbeidene at konkurransebegrensningen er ”mere berettiget end om han ikke hadde faat noget saadant indblik”.¹⁸⁶ Tilsvarende er også lagt til grunn i teorien.¹⁸⁷ I rettspraksis har også disse, og andre, interesser som kan begrunne en konkurranseklausul, blitt påpekt.¹⁸⁸ Dette viser at foretaket kan benytte konkurranseklausuler for å verne flere typer av interesser, det gjelder så vel kunnskap om produksjonsmetoder som kunnskap om kunder, salg, forretningsstrategier, budsjetter, regnskap og lignende.

Dersom et foretak har investert mye i utvikling av en produksjonsmetode, eller i utdanning av sine medarbeidere, har det en berettiget interesse i å verne denne kunnskapen og på den måten hindre at andre kan utnytte kunnskapen uten kostnader.¹⁸⁹ I denne type situasjoner vil rettighetshaverens interesser typisk være tungtveiende. Motsatt må gjelde hvis foretaket binder opp en arbeidstaker på grunn av hans allmenne kunnskap. Denne kunnskapen har ikke kostet foretaket noe å utvikle, og personer har i utgangspunktet en rett til selv å utnytte denne type kunnskap slik de selv ønsker. Tilsvarende hvis kunnskapen foretaket ønsker å verne er allment tilgjengelig, det vil si at den ikke skiller seg fra kunnskapen ellers på markedet, eller ingen forretningshemmelighet vil komme ut. Er kunnskapen som arbeidstakeren besitter om foretaket, av en slik art at den ikke vil kunne benyttes til å påvirke konkurransen, så tilsier det at dette ikke er informasjon av konkurransemessig betydning. Hvis kunnskapen rettighetshaveren ønsker å verne, ikke har konkurransemessig betydning, må klausulen anses for å gå ”længer end paakrævet”.¹⁹⁰

¹⁸⁶ Se Utkastet s. 92.

¹⁸⁷ Se Fougner (1999) s. 230.

¹⁸⁸ Se RG 1996 s. 1566 (Borgarting) der det er påpekt at både ”drifts- og forretningshemmeligheter” og ”kunde- og klientrelasjoner” i utgangspunktet kan kreves vernet. I LB-2000-3622 (Rt.2001 s. 301) ble innsikt i og kunnskap om ”selskapets budsjett og regnskap” fremhevet som et forhold som kunne være av betydning for konkurransesituasjonen.

¹⁸⁹ Se Poulsen s. 47.

¹⁹⁰ Se Bergeius Andersen (2005) s. 43, Poulsen s. 225, Adlercreutz/Flodgren s. 58-59, om arbeidstakerens allmenne kunnskap i tilknytning til 1969-overenskomsten, men det må også gjelde mer allment, og RG 1996 s. 1566 (Borgarting).

Rettspraksis kan gi en illustrasjon på forhold som kan være av betydning når en vurderer om rettighetshaveren har en konkurransemessig interesse i konkurranseklausulen.

For det første er det slått fast at noen typer virksomheter normalt ikke har kunnskap som kan kreves vernet, og det kan da være vanskeligere å gjøre en konkurranseklausul gjeldende.¹⁹¹ I den såkalte eiendomsmegleravgjørelsen uttalte lagmannsretten følgende:

”Eiendomsmeglervirksomhet er etter lagmannsrettens vurdering en virksomhet som i liten grad vil implisere drifts- og forretningshemmeligheter av en art som det kan være grunn til å beskytte ved konkurranseklausuler. Kundemassen er gjennomgående skiftende og preget av enkeltstående oppdrag som avsluttes etter forholdsvis kort tid. Det vil således normalt ikke være tale om kunde- og klientrelasjoner som en ansatt kan ta med over i ny virksomhet.”¹⁹²

Imidlertid kan en ikke uten videre utelukke kategorier av virksomheter helt, siden det kan foreligge særegne forhold som tilsier at konkurranseklausulen likevel skal kunne avtales i den type virksomhet. Et eksempel på det er RG 2004 s. 425 (Oslo), som også gjaldt eiendomsmegling. Retten henviste til den nevnte eiendomsmegleravgjørelsen og påpekte at sakene skilte seg fra hverandre på flere punkter, men at de samme momentene kunne være aktuelle. Det som skilte sakene, var at det i den siste var tale om en konkurranseklausul i forbindelse med salg av et foretak, mens den første gjaldt en arbeidstaker. Og i den siste saken hadde kjøperen betalt for goodwillen som den gamle eieren hadde i markedet, som

¹⁹¹ Se Fougner (1999) s. 231. I RG 1989 s. 548 (Oslo) kommenterer namsretten arten av arbeidet til den som var bundet av konkurranseklausulen, i dette tilfellet en aerobicinstruktør. Retten uttaler: ”Den type arbeid saksøkte har hatt er ikke av en slik karakter at det er nødvendig for arbeidsgiveren å beskytte seg ved en karanteneklausul.” Noen økonomisk betydning av konkurranseklausulen for arbeidsgiveren ble heller ikke godtgjort.

¹⁹² RG 1996 s. 1566 (Borgarting). Motsatt i RG 2001 s. 253 (Borgarting) der de langsiktige kundeforholdene ble fremhevet og at det var konsulentene som bygde opp kundeforholdene på vegne av arbeidsgiveren. Dette satte virksomheten i en utsatt posisjon når konsulentene sluttet.

konkurransseklausulen knyttet seg til.¹⁹³ Den nye eieren vant frem med at den hadde et berettiget behov for vern mot konkurransen, og det hadde den også betalt for, og klausulen var gyldig etter at domstolen hadde lempet andre deler av den.

Siden rettighetshaveren ikke kan begrunne vern av foretaket i den ansattes allmenne kunnskap må det vurderes om den forpliktete har fått noen form for spesialopplæring/spesialkunnskap som kan tilbakeføres til rettighetshaveren.¹⁹⁴ Et eksempel fra rettpraksis der det var gitt en form for spesialopplæring er RG 1983 s. 432 (Grete Roede-dommen). Kurslederne, som hadde holdt kurs i slanking på vegne av Grete Roede, mente at de var ubundet av konkurransseklausulen blant annet fordi den gikk lengre enn påkrevet. Voldgiftsretten påpekte at kurslederne hadde fått slik innsikt at det kunne styrke konkurrerende virksomheter hvis de gikk rett over til en konkurrent. Voldgiftsretten fremhevet også at kurslederne ved sin kontakt med slankevirksomheten hadde fått ”ytterligere innsikt og opplæring innen slankeproblematikken”.¹⁹⁵ I avgjørelsen ble det også fremhevet at det allerede hadde oppstått sterk konkurranse på det samme markedet. Det viste at rettighetshaveren hadde en berettiget interesse i å verne seg mot at de som sluttet begynne konkurrerende virksomhet med en gang.

¹⁹³ Posisjonen og påvirkningsmuligheten den forepliktete har i markedet ble også fremhevet i RG 2000 s. 1092 (Borgarting).

¹⁹⁴ Se Poulsen s. 225, der han uttaler i forhold til den enkelte arbeidstakers håndlag og alminnelige faglig dyktighet; ”Det er klart, at hvis dette anvendes i konkurranse med virksomheten, vil det kunne mærkes, men det kan ikke ’række til’ at pålægge” den ansatte en konkurransseklausul. Se også RG 1991 s. 1186 (Hålogaland) der lagmannsretten fremhevet at arbeidstakeren ikke hadde noen fått spesialopplæring eller lignende, og påpekte senere i et obiter dictum at det var selgerens personlige egenskaper som var avgjørende for hvordan salget gikk, ”og sine personlige tjenester hadde [arbeidstakeren] rett til å frata [arbeidsgiveren]”.

¹⁹⁵ Da i tilknytning til urimelighetsvurderingen, men samme moment må være av betydning i forhold til rettighetshavers behov for vern.

Siden allment tilgjengelig kunnskap ikke kan vernes ved konkurranseklausuler, må kunnskap bedriften sitter med skille, seg fra den kunnskapen andre i markedet har.¹⁹⁶ Et eksempel fra rettspraksis der dette forholdet ble fremhevet er LG-1992-950. Lagmannsretten fastslår først at teknologien var enkel og kjent og at flere hadde de samme produktene. Når det gjaldt teknologi og produkter var det altså ikke grunnlag for å pålegge en konkurranseklausul. Men den tidligere ansatte hadde også fått kjennskap til bedriftens system og politikk for priser, rabattavtaler med kunder og lignende. Vedkommende hadde fått den totaloversikten som var nødvendig for å drive denne type virksomhet, og denne kunnskapen kunne han bruke i en konkurrerende virksomhet. Dette var kunnskap som bedriften hadde en rett til å verne. Lagmannsretten kom til at klausulen var saklig begrunnet.

9.2.2.2 Den enkelte forpliktete

Rettighetshaveren må også vise at den forpliktete sitter med kunnskap som rettighetshaveren har rett til å verne. Selv om rettighetshaveren som sådan har kunnskap som er av konkurransemessig betydning, er det ikke sikkert at den enkelte forpliktete sitter med den samme kunnskapen.

Visse stillingskategorier omfattes typisk av konkurranseklausuler fordi stillingen som sådan som regel innebærer at den ansatte sitter med spesialkunnskap. Det kan for det første gjelde personer i ledende stillinger, som for eksempel har ansvar for utarbeidelse av strategier eller budsjetter.¹⁹⁷ For det andre omfattes gjerne personer som har stillinger med mye kundekontakt og salg, og personer som driver med teknologiutvikling, forskning og lignende. Dette er personer som ofte innehar betrodde stillinger og besitter mye informasjon, noe som igjen tilsier et økt behov for vern. Men det kan tenkes unntak.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Se RG 1991 s. 1186 (Hålogaland) der det er fremhevet at arbeidsgiverens produkter ikke skilte seg vesentlig fra de andre i markedet.

¹⁹⁷ Sml. § 38 (2).

¹⁹⁸ Se Bergeius Andersen (2002) s. 143.

Et eksempel på at den ansatte hadde kunnskap av konkurransemessig betydning er LB-2000-3622. Lagmannsretten fastslo at den ansatte gjennom sin ledende stilling hadde fått ”innsikt i og kunnskap blant annet om budsjett og regnskap” som var ”forhold av betydning i en konkurransesituasjon”.¹⁹⁹

En må også se på om forholdene har endret seg. Det er ikke sikkert at en arbeidstaker som tidligere hadde kjennskap til beskyttelsesverdig informasjon, fortsatt sitter med den.²⁰⁰

9.2.2.3 Markedet

Hvordan markedet er utformet kan også ha betydning for om rettighetshaveren har en beskyttelsesverdig interesse. Hvis det er få konkurrenter, kan behovet for vern ofte være større enn hvis det er mange på markedet. Er det få konkurrenter, vil det at en konkurrent får tilgang på informasjon kunne være av helt avgjørende betydning, siden det kan medføre at konkurransesituasjonen endres.²⁰¹ Hvordan konkurransen på markedet er, har også betydning for rettighetshaverens behov for vern.²⁰²

9.2.2.4 Fare for konkurranse fra andre enn den forpliktete

Hvis arbeidstakeren påstår seg ubundet med den begrunnelse at rettighetshaveren ikke behøver å frykte noen konkurranse fra ham, så er ikke det ”tilstrækkelig til at gjøre

¹⁹⁹ Opprettholdt av Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 2001 s. 301. Se også LG-1992-950, drøftet ovenfor.

²⁰⁰ Se Dege s. 261.

²⁰¹ Hvis markedet er begrenset vil klausulen anvendelsesområde kunne bli problematisk i forhold til arbeidstakerens adgang til erverv, jf. urimelig- alternativet i bestemmelsen, se Langer s. 152.

²⁰² Se RG 1983 s. 432 (Grete Roede) og RG 1996 s. 1241 (Oslo) der det ble fremhevet at det var sterk konkurranse på markedet, noe som tilsa at konkurranseklausulene var berettiget. Motsatt i RG 1991 s. 1186 (Hålogaland) der det ble fremhevet at det var mange konkurrenter med nesten tilsvarende produkter og det var ofte tilfeldig hvem som fikk solgt til kunden.

forbudet uforbindende”.²⁰³ Hensynet til rettighetshaveren vil her være avgjørende. Det kan for eksempel være av stor viktighet for arbeidsgiveren å verne forretningshemmeligheter og sikre at de ikke kommer ut. At den forpliktete i seg selv ikke vil innebære noen konkurranse er i dette tilfellet ikke avgjørende. Andre som er i konkurranse med arbeidsgiveren, kan få kjennskap til informasjonen hvis det åpnes for at arbeidstakeren kan ta ansettelse i eller begynne med en virksomhet ”av en viss art” og det kan være skadelig for arbeidsgiveren. Dette er også å anse som et konkurransehensyn.²⁰⁴

9.2.2.5 Bortfall av beskyttelsesverdig interesse

Hvis virksomheten har hatt viten som var beskyttelsesverdig, men den har blitt allment kjent, for eksempel ved at produksjonsmetoden er blitt tilgjengelig for konkurrentene, må det likestilles med at virksomheten ikke har hatt slik viten. Virksomheten har da ikke lenger noe beskyttelsesbehov.²⁰⁵ Rettighetshaveren må bevise et aktuelt behov for beskyttelse når konkurranseklausulen gjøres gjeldende, og tidligere beskyttelsesverdig viten kan ikke brukes som begrunnelse. Dette er som regel mindre aktuelt i forbindelse med foretakssalg, siden konkurranseklausulen oftest trer i kraft umiddelbart, men hvis for eksempel foretakets virksomhet endrer seg mens selgeren er bundet, må det samme gjelde her.²⁰⁶

Opphører virksomheten å eksistere, for eksempel ved at den blir lagt ned, eller eieren dør uten at noen fortsetter driften, vil den annen part som regel ikke lenger ha noen berettiget interesse i at klausulen opprettholdes. Da må det kunne konkluderes med at klausulen går lenger enn påkrevet og ikke binder den forpliktete.²⁰⁷

²⁰³ Se Utkastet s. 91.

²⁰⁴ Se ibid. s. 91-92.

²⁰⁵ Se Berg s. 89.

²⁰⁶ Se Adlercreutz/Flodgren s. 126-127, om kravet til aktuell interesse.

²⁰⁷ Se Utkastet s. 91.

Det samme kan tenkes hvis virksomheten blir solgt eller går konkurs. Imidlertid gjelder ikke det i alle tilfeller. Er virksomheten solgt, kan det hende at konkurranseklausulen er en del av det som ble overdratt, og den nye eieren kan ha overtatt konkurranseklausulen.²⁰⁸ Samme gjelder hvis det skjer enn annen form for omorganisering eller lignende. Rettighetshaverens interesse i konkurranseklausulen kan fortsatt være aktuell. Ved konkurs kan også konkursboet ha en interesse i at konkurranseklausuler fortsatt skal gjelde. Det følger av dekningsloven § 7-11 at boet har en rett til å tre inn i arbeidsavtaler. Hvis boet velger å tre inn blir det "berettiget og forpliktet på avtalens vilkår". Det omfatter også konkurranseklausulen.²⁰⁹ Konkursboet vil ha beskyttelsesverdig interesse så lenge driften av foretaket opprettholdes. Hvis konkursboet velger å legge ned foretaket er det derimot ikke lenger noen berettiget rettighetshaver. Konkurranseklausulen går da lenger enn påkrevet og binder ikke den forpliktete.²¹⁰

Konkursboet kan også velge å selge hele eller deler av foretaket. Denne type salg er unntatt fra reglene om virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljøloven.²¹¹ Kjøperen trer ikke automatisk inn arbeidsavtalene, men kan tilby de arbeidstakerne en vil beholde en ny, eventuelt endret, arbeidsavtale.²¹² Arbeidstakerne er ikke forplikt til å akseptere tilbudet. Grunnen til å unnta salg fra konkursbo var å styrke boets mulighet til å realisere verdien i boet.²¹³ Som utgangspunkt bør en trolig til kunne legge til grunn at den nye eieren har en beskyttelsesverdig interesse i at konkurranseklausulen opprettholdes, på lik linje med andre

²⁰⁸ Se avsnitt 8.2.1.1 og Berg s. 89.

²⁰⁹ Se avsnitt 8.2.1.1 der det ble konkludert at konkurranseklausulen er en del av rettighetene som fulgte av arbeidsavtalen ved en virksomhetsoverdragelse.

²¹⁰ Boets inntreden er i Danmark regulert i konkursloven §§ 55 og 63, som i utgangspunktet gir boet en rett til å tre inn i arbeidsavtaler og andre gjensidig bebyrdende avtaler, se Christiansen s. 47. Se Langer s. 143 og Wendelboe/ Schwarz s. 84.

²¹¹ Se arbeidsmiljøloven § 16-1 (2) som gjør unntak fra §§ 16-2 og 16-4 ved virksomhetsoverdragelse fra konkursbo. Motsatt løsning er valgt i Danmark, videresalget er der regulert av virksomhetsoverdragsloven § 1 stk 3, jf. § 2. Se også Langer s. 143.

²¹² Se Borgerud note 607.

²¹³ Se Jakhelln (2006) s. 516.

kjøpere av virksomheter.²¹⁴ Konkurransesklausulen faller derfor trolig ikke bort med den begrunnelse at den går lengre enn påkrevet. På den andre siden må det vurderes om konkurransesklausulen er bortfalt i medhold av § 38 (3), siden den nye arbeidsgiveren må tilby ny arbeidsavtale som arbeidstakeren ikke er forpliktet til å godta. Se nærmere om denne problemstillingen under avsnitt 11.10.

Konkursboets rett til å tre inn i konkurransesklausuler i forbindelse med foretakssalg er regulert av dekningsloven § 7-3, og hovedregelen er at boet kan velge å tre inn i de konkurransesklausulene det ønsker.²¹⁵

9.2.3 Utstrekning i tid

Hvor lenge den forpliktete er forhindret fra å konkurrere er av stor betydning for begge parter. Når det gjelder vilkåret om at klausulen ikke skal strekke seg lengre enn påkrevet, er problemstillingen knyttet til hvilken periode virksomheten har behov for vern.

Det fremgår ingen maksimumsgrense av lovteksten, noe som kan tilsa at det ikke finnes noen grense så lenge vern er påkrevet av hensyn til rettighetshaveren. Forarbeidene til § 38 uttaler at det ikke er ønskelig med en absolutt grense. Begrunnelsen er at en maksimalbindingstid både kan gå for langt og ikke være omfattende nok, og det er ønskelig med en tøyelig bestemmelse der domstolene kan ta hensyn til alle omstendighetene i den enkelte sak.²¹⁶

I agenturloven § 34 er det, i motsetning til avtaleloven § 38, fastsatt en begrensning for gyldighetstiden på to år. Ut over to år vil konkurransesklausulen ikke under noen

²¹⁴ Se avsnitt 8.2.1.1.

²¹⁵ Med mindre et av unntakene i dekningsloven § 7-1 eller § 7-3 kommer til anvendelse.

²¹⁶ Se Utkastet s. 92-93. Det samme synspunktet ble opprettholdt i Innstillingen fra kommisjonsutvalget s. 54.

omstendighet være gyldig, men konkurranseklausulens gyldighetstid kan bli kortere på bakgrunn av avtaleloven § 38.²¹⁷

Teorien har antydnet en lignende maksimumsgrense som agenturloven, på ett til to år, for arbeidstakere.²¹⁸

I dansk rettspraksis er perioden blitt begrenset til den tid rettighetshaveren trenger for å beskytte seg mot den ekstraordinære konkurransen.²¹⁹ Poulsen har angitt den nærmere maksimale grensen ved forretningshemmeligheter til ”den aktuelle tekniks økonomiske forældelsestid”, det vil si den tid det vil ta for en konkurrent å opparbeide tilsvarende kunnskap på tilsvarende nivå, idet det også tas hensyn til den økonomiske innsats som kreves. For kunderelasjoner er grensen angitt til den tid som er nødvendig for virksomheten for å beskytte og sikre seg mot den ekstra konkurransen tidligere eier eller ansatte vil kunne innebære, grunnet den særlige kjennskapen forpliktete har til foretaket. Det vil si hvor lang tid det vil ta for virksomheten å sikre sine kunderelasjoner, introdusere nye selgere, og lignende.²²⁰

Hvor lenge arbeidsgiveren kan binde arbeidstakeren, må avgjøres i hvert enkelt tilfelle etter en konkret helhetsvurdering av virksomhetens behov.²²¹ Det avgjørende er hvilken periode arbeidsgiveren kan bevise at det foreligger beskyttelsesverdig kunnskap som har behov for

²¹⁷ Se Eftestøl s. 245-246. Maksimumsgrensen i bestemmelsen stammer fra art 20 i Rdir 86/653/EØF.

²¹⁸ Se Jakhell (1996) s. 1143, Jakhell (2006) s. 320, og Bergeius Andersen (2005) s. 44 med henvisning til rettspraksis.

²¹⁹ Se Langer s. 145.

²²⁰ Se s. 245-247 som omhandler både selgere og arbeidstakere.

²²¹ Se Bergeius Andersen (2005) s. 44 og for eksempel LB-2000-3622 (Rt 2001 s. 301), der retten under tvil kom til at to år var akseptabelt i et ansettelsesforhold, og LB-2005-89767 der lagmannsretten reduserte en mulig evigvarende klausul i tilknytning til (tidligere) ansattes salg av aksjer til ett år, både fordi den var urimelig og arbeidsgivers forhold ikke kunne begrunne en så lang klausul.

vern. Det vil si at klausulen i utgangspunktet kan være evigvarende. Det skal likevel mye til før evigvarende klausuler aksepteres.²²²

Poulsen har i sin fremstilling prøvd å angi noen grenser for ulike situasjoner når konkurranseklausulen er inngått med arbeidstakere, og knytter det opp mot lojalitetsplikten og markedsføringslovens beskyttelse. Ved kunderelasjoner har han angitt en maksimumsgrense på ett år, men det kan tenkes unntak for eksempel for personer med særskilt kunnskap om virksomheten som administrerende direktører. Den samme grensen er gitt for de som har kjennskap til produkter og andre kommersielle forhold. For forretningshemmeligheter antas det en maksimumsgrense på tre år, sammenholdt med tilsvarende grense etter markedsføringsloven. Det gir bedriften mulighet til å videreutvikle den kunnskap den har. Men hvis den tekniske viten er mindre avansert eller den ikke er en spesielt forskningstung virksomhet, må perioden være kortere siden det ikke kreves tilsvarende mye for konkurrenter å opparbeide seg til et tilsvarende nivå. Det kan altså oppstilles et krav om sammenheng mellom type viten (hvor avansert og økonomisk krevende) og hvilken utstrekning i tid som godtas.²²³ Dette er forhold som bør kunne tas i betraktning når en foretar en konkret helhetsvurdering, også etter norsk rett.

Grensen er i teorien antydnet til maksimalt fem år ved foretakssalg.²²⁴ Domstolen vil trolig godta en lengre bindingsperiode enn for arbeidstakere, men også i disse tilfellene vil klausulene kunne settes til side hvis de går lengre enn påkrevet. Konkurranseklausuler med lengre bindingstid vil normalt godtas siden rettighetshaveren har betalt for innskrenkingen og skal ha mulighet til å få det økonomiske utbyttet av sin investering.²²⁵

En konkret vurdering av lengden på perioden en kjøper kunne binde selgeren av virksomhet, ble foretatt i RG 2004 s. 425 (Oslo). Tingretten diskuterte lengden på klausulen og kom til at klausulen ville være unødvendig etter tre år og reduserte klausulen fra fem år, blant annet med en henvisning til at denne type

²²² Hvis arbeidsgiveren fortsatt har et berettiget behov for vern, men domstolen mener at klausulen urimelig innskrenker adgangen til erverv for arbeidstakeren, er det første alternativ i § 38 (1) som er hjemmel for å sette klausulen til side.

²²³ Se Poulsen s. 248-254, som har en samlet vurdering av momentet tidsbegrensning.

²²⁴ Se Bergeius Andersen (2005) s. 44.

²²⁵ Se Poulsen s. 255-258 om grenser ved foretakssalg.

klausuler er viktigst i begynnelsen og viktigheten vil avta etter hvert som den nye eieren får etablert seg i markedet.²²⁶

Det er også viktig å fastslå fra hvilket tidspunkt bindingsperioden begynner å løpe. Partene kan ha kommet til enighet om periodens utgangspunkt. Er det ikke avtalt noe mellom partene, er det naturlig å si at utgangspunktet for beregningen er det tidspunktet da den forpliktete ikke får tilgang til mer kunnskap om rettighetshaveren. Det vil si ved utløpet av oppsigelsestiden for arbeidstakere. Arbeidsforholdet opphører på dette tidspunktet, og arbeidstakeren er heller ikke bundet av den alminnelige lojalitetsplikt i samme utstrekning og mottar ikke lønn fra arbeidsgiveren.²²⁷ Et unntak kan tenkes hvis partene har avtalt et tidligere fratredelsestidspunkt, for eksempel for at arbeidstakeren skal kunne starte hos sin nye arbeidsgiver tidligere, da bør det avtalte opphørstidspunktet legges til grunn.²²⁸

Ved foretakssalg er trolig det tidspunktet da den annen part overtar virksomheten, utgangspunktet for hvilken periode selger er bundet. På dette tidspunktet får ikke selger ytterligere kunnskap om virksomheten. Er det en periode mellom inngåelsen av avtalen og overtakelsen, gjelder den alminnelige kontraktsrettslige lojalitetsplikten, som tilsier at selger også kan bli ansvarlig for illojal konkurrerende opptreden i denne perioden.²²⁹

Hvis det er tale om avskjed eller heving av avtalen, vil det naturlige skjæringspunktet og utgangspunktet for perioden den forpliktete er bundet, være tidspunktet da meldingen om heving kommer frem til motparten.²³⁰

²²⁶ Nødvendigheten av klausulen må også gjelde for dette alternativet selv om vurderingen i avgjørelsen er knyttet opp til rimelighetsvurderingen.

²²⁷ Se Dege s. 260 og Eftestøl s. 246 for tilsvarende i agenturforhold. Se også Borch/Fougner s. 77 om den alminnelige lojalitetsplikt.

²²⁸ Se Borch s. 43-44.

²²⁹ Se Woxholth s. 326.

²³⁰ Se Dege s. 260. Det kan her tenkes et unntak hvis den forpliktete avslutter hever en avtale når det kun forelå grunnlag for oppsigelse. Da må utløpet av oppsigelsestiden være det avgjørende utgangspunktet, jf. LB-2005-189.

9.2.4 Geografisk utstrekning

Med geografisk utstrekning menes innenfor hvilket geografisk område den forpliktete ikke kan ta ansettelse i, etablere eller drive konkurrerende virksomhet. Klausulen kan være begrenset til et lite område, eksempelvis en by eller en kommune, eller den kan være helt generell.²³¹

Hvilket geografisk område klausulen omfatter må avgjøres ved en tolking av den enkelte konkurranseklausul. Hvis ikke området fremgår uttrykkelig av klausulen, vil relevante momenter blant annet være hvilket område personen har arbeidet i, hvor rettighetshaveren er etablert og hvordan markedet er.²³²

Deretter må en vurdere om det området klausulen omfatter ”strække[r] sig længer end paakrævet”. Som et utgangspunkt kan en si at klausulen kun kan omfatte det området arbeidsgiveren er etablert og konkurrerer i, og at den forpliktete kan starte virksomhet eller ta ansettelse utenfor dette området.²³³ Størrelsen på det geografiske området vil variere med virksomheten, både ut fra hvordan markedet er bygd opp og hvilke produkter det er tale om.²³⁴

Ved vurderingen av hvilket geografisk område som kan kreves vernet, må det tas hensyn til den kunnskap den ansatte har om arbeidsgiveren, forretningshemmeligheter, strategiplaner og lignende. Det kan tilsi at kun deler av området arbeidsgiveren er etablert i, typisk det området arbeidstakeren jobbet innen, har behov for vern, men det kan også tale for at et

²³¹ Rt. 1929 s. 433 omhandler en konkurranseklausul som blant annet omfattet Frankrike. Konkurransseklausulen ble ikke ansett for å være i strid med avtaleloven. Se også Paulsen/Sørensen s. 205 og Langer s. 148-149.

²³² Se Langer s.147-150 om den konkrete vurderingen domstolen må foreta.

²³³ Se Bergeius Andersen (2005) s. 44.

²³⁴ Se Paulsen/Sørensen s. 205.

større område kan utelukkes fra konkurranse.²³⁵ Det er den enkeltes mulighet til å påvirke konkurransen som er det avgjørende.²³⁶ Hvis den ansatte for eksempel har kunnskap om strategier, kan det føre til at et større område kan omfattes siden den forpliktete kan påvirke konkurransen også ved etablering i området utenfor der arbeidsgiveren er etablert. Det arbeidsgiveren må kunne bevise er at området som er vernet ikke er større enn påkrevet.²³⁷

Ved salg av et foretak er det som regel naturlig å legge til grunn at forpliktete, som selger, har god kjennskap til hele det markedet foretaket er etablert i. Hvis ikke særegne forhold foreligger, bør det derfor kunne legges til grunn at hvis det geografiske området tilsvarer det markedet foretaket er etablert i, vil det ikke anses for å gå lengre enn påkrevet.²³⁸

I tillegg til det markedet foretaket er etablert i ved avslutningen av arbeidsforholdet, kan også områder det foreligger konkrete planer for å markedsføre eller etablere foretaket i, være beskyttet av konkurranseklausulen.²³⁹ Virksomheten kan også her ha et behov for beskyttelse, men det bør kreves at det er noenlunde konkrete planer, som ikke ligger for langt inn i fremtiden og forpliktete har kunnskap om.

9.2.5 Andre momenter

Det er også av betydning hvordan den forpliktete opptrer like før og etter at arbeidsforholdet avsluttes. Dette kan vise at virksomheten har et reelt behov for vern. Dette

²³⁵ Hvis konkurranseklausulen er begrenset til det området arbeidstakeren virket i er det antatt i dansk teori at klausulen vil gå klar av § 38, se Langer s. 149. Tilsvarende geografisk område er kommet til uttrykk i agenturloven § 34 (2).

²³⁶ Se Poulsen s. 267-269, som gjelder hele første ledd.

²³⁷ Se Langer s. 150.

²³⁸ I RG 2004 s. 425 (Oslo) ble det geografiske området begrenset fra å gjelde hele Sør-Norge til kun å gjelde Moss, som var byen der eiendomsmegleren var etablert.

²³⁹ Se Poulsen s. 267-268.

er blitt fremhevet av domstolene i to avgjørelser.²⁴⁰ I begge var det tale om at forberedende arbeid for å starte konkurrerende virksomhet var blitt foretatt før oppsigelsestiden var utløpt. Det var en indikasjon på at rettighetshaveren hadde et reelt behov for vern og for konkurranseklausulen.

9.3 "Urimelig innskrenker hans adgang til erverv"

9.3.1 Innledning

Om en konkurranseklausul "urimelig innskrenker" den forpliktedes "adgang til erverv", vil klausulen kunne settes helt eller delvis til side. I dette alternativet er både den forpliktete og rettighetshaverens interesser av betydning for vurderingen. Dette skiller dette alternativet fra det andre alternativet i § 38 (1), som kun har rettighetshaverens behov for vern i fokus.

"Urimelig innskrenker" henviser til en konkret helhetsvurdering der en rekke momenter kan være av betydning.²⁴¹ Det avgjørende er om begrensningen er urimelig stor for den forpliktete.²⁴² Den endelige konklusjonen, om konkurranseklausulen innebærer en urimelig innskrenkning i adgangen til erverv, må fattes etter at alle aktuelle momenter vurdert og avveid i forhold til hverandre. Nedenfor vil de ulike momentene som kan ha betydning for vurderingen av klausulens gyldighet, bli drøftet.

Det er forholdene slik de er på det tidspunkt da konkurranseklausulen gjøres gjeldende, som er avgjørende for vurderingen av klausulen. Det er på dette tidspunkt en eventuell urimelig innskrenkning inntreffer overfor den forpliktete. Tilsvarende er lagt til grunn i tilknytning til avtaleloven § 36.²⁴³ Det vil si at en klausul som i utgangspunktet var gyldig kan være ugyldig når den gjøres gjeldende, og omvendt.²⁴⁴

²⁴⁰ Se LG-1992-950 og RG 1996 s. 1241 (Oslo). Se også Borch/Fougner s. 89.

²⁴¹ Se Utkastet s. 91. Se også avsnitt 5.2 om hensynene bak bestemmelsen.

²⁴² Se Bergeius Andersen (2005) s. 45.

²⁴³ Se Hagstrøm s. 278.

9.3.2 Partenes interesser

Ordlyden i bestemmelsen fremhever at begge parter interesser i konkurranseklausulen er av betydning når gyldigheten av klausulen skal vurderes, jf. ”hensyn tages ogsaa til den betydning, det har for den anden part, at avtalen opretholdes”. Men selv om det skal tas hensyn til rettighetshaverens behov, er det fremhevet i forarbeidene at konkurranseklausulen kan være så utilbørlig overfor den forpliktete ”at selv den største interesse fra den anden parts side ikke kan gjøre det berettiget”.²⁴⁵

For den forpliktete er det to ulike interesser som kan påpekes. Den mest fremtredende er de økonomiske konsekvensene ved at mulighetene til å velge jobb er begrenset. Videre kan den forpliktete ha en interesse i å arbeide ved at det å arbeide gir mulighet til å vedlikeholde og utbygge den faglige kunnskapen.²⁴⁶ Disse to interessene vil oftest være sammenfallende, men betydningen av at rettighetshaveren betaler den forpliktete et vederlag, vil være størst når det gjelder den økonomiske interessen. I tillegg til disse to interessene kan arbeidstakeren også ha en interesse i å arbeide ut fra et sosialt perspektiv. En må også ha i mente at enhver person bør ha en rett til å benytte sin adgang ertverv.²⁴⁷

Som det fremgår av ordlyden er det avgjørende adgangen til ”erhverv”. Av den grunn er det en stor skepsis til såkalte ”yrkesforbud”, det vil si at den forpliktete ikke har noen mulighet til å benytte seg av sin erfaring og/eller utdannelse.²⁴⁸ Berg mener at et konkurranseforbud vil være et ”utilbørlig og utilstedelig inngrep i den personlige frihet som

²⁴⁴ Se tilsvarende Dege s. 262 hvor det påpekes at ”[d]et er ved fratredelsestidspunktet at rimeligheten ved klausulen skal vurderes”.

²⁴⁵ Se Utkastet s. 91.

²⁴⁶ Se Poulsen s. 51.

²⁴⁷ Se Utkastet s. 91 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 14 ”Arbeid er et grunnleggende velferdsgode i seg selv. Arbeidslivet gir del i verdier som kreativitet, utfoldelse og fellesskap, og sikrer inntekt for den enkelte.”

²⁴⁸ Se Utkastet s. 91. Se også RG 1989 s. 548 (Oslo) der det er fremhevet at arbeidstakeren var ”utdannet som instruktør og det [ville] være meget urimelig om hun ikke [kunne] ta lignende type arbeid i ett år”.

uavhendelig retts gode” hvis det ”helt ut hindrer vedkommende i å utnytte og bruke sin arbeidskraft”.²⁴⁹ Det helt klare utgangspunkt er at hvis en konkurranseklausul innebærer et yrkesforbud vil det måtte settes til side. En rettighetshaver som skal bevise at et slik omfattende konkurranseforbud ikke innebærer en urimelig innskrenkning, vil ha en utfordrende bevissituasjon. Imidlertid kan andre forhold påvirke urimelighetsvurderingen. Forhold av betydning kan være om den forpliktete får kompensasjon, utstrekning i tid og geografisk utstrekning.

Hvis konkurranseklausulen er mer begrenset, vil den lettere bli akseptert.²⁵⁰ Det fremgår av rettspraksis og teori at det avgjørende er de mulighetene som den aktuelle personen har til erverv innenfor sin utdanning eller yrkeserfaring.²⁵¹ I RG 2001 s. 253 (Borgarting) gikk lagmannsretten inn og vurderte konkret hvilke muligheter den tidligere ansatte hadde til å skaffe seg passende arbeid i Oslo-området. Retten kom til at det var gode sjanser for at hun kunne få jobb innenfor sitt utdannelsesområde i den perioden hun var bundet av klausulen, og konkurranseklausulen var derfor gyldig, selv om arbeidstakeren helst hadde ønsket å fortsette med en bestemt type jobb.²⁵² Den forpliktete er altså ikke garantert en rett til å jobbe med akkurat det samme som tidligere eller det en ønsker mest, men arbeidstakeren må ha jobbmuligheter innenfor det han er fagutdannet til eller har kompetanse innenfor.²⁵³

²⁴⁹ Se Berg s. 88.

²⁵⁰ Se Utkastet s. 91. Men hvis den konkurrerende virksomheten begrenses i stor utstrekning vil en kunne falle utenfor § 38, jf. avsnitt 7.3.

²⁵¹ Se Fougner (1999) s. 228-229 og Dege s. 259.

²⁵² Motsatt i RG 1991 s. 1186 (Hålogaland) der lagmannsretten fremhevet som et moment at det var et anstrengt arbeidsmarked, og arbeidstakeren hadde prøvd å finne alternativt arbeid som samsvarte med hans kvalifikasjoner og bosted, men det var ikke mulig.

²⁵³ Se Bergeius Andersen (2005) s. 45. I RG 1996 s. 383 (Hålogaland), konstaterte lagmannsretten at personen var utdannet snekker og at det var en yrkesgruppe det ”stadig [var] behov for”. Det var tilstrekkelig for at konkurranseklausulen skulle stå seg. Det selv om arbeidstakeren i det siste hadde jobbet som salgsleder/selger. Avgjørelsen gjaldt helhetsvurderingen etter § 38 (3), men tilsvarende må gjelde i forhold til første ledd. Se nesten tilsvarende i Paulsen/Sørensen s. 207. Se også LH-2002-1071, hvor det fortsatt var gode muligheter til å få jobb innen det alminnelige arbeidsmarkedet for jurist. Men tidligere yrke må være aktuelt: I TFJOR-2006-25701 (oppretholdt i LG-2006-92490) konkluderte tingretten med at et yrke

Det vil si at den forpliktete i noen grad må forvente å bytte arbeid, men ikke til noe utenfor ens kompetanse.

Det har blitt fremhevet i rettspraksis at det kan være av betydning hvor stor del av markedet som er utelukket, for eksempel om kun noen konkurrenter er utelukket.²⁵⁴

Rettighetshaverens interesse i at konkurranseklausulen opprettholdes varierer, og kan tale både for og mot at klausulen opprettholdes.²⁵⁵ Hvilken betydning konkurranseklausulen har for rettighetshaveren, beror blant annet på hvilken konkurransesituasjon som foreligger, hvilke kunnskaper den ansatte har, markedet og hvilke produkter som selges.²⁵⁶ Hvis det er mange aktører, er det mindre behov for opprettholdelse enn hvis det er få aktører og begrenset med kunnskap.²⁵⁷ For en mer grundig fremstilling av momentene knyttet til rettighetshaverens interesser, se avsnitt 9.2.2.²⁵⁸

arbeidstakeren ikke hadde hatt de siste 20 år, fremsto som et for usikkert alternativ og konkurranseklausulen innskrenket dermed adgangen til erverv.

²⁵⁴ Se RG 2000 s. 1092, der var kun Nestle utelukket som arbeidsgiver og arbeidstakeren hadde mange andre potensielle arbeidsgivere. Markedet som klausulen omfatter kan også være begrenset til kun å gjelde arbeidsgiverens kunder, men da er det mest naturlig å anse det som en kundeklausul som faller utenfor § 38 sitt anvendelsesområde, jf. avsnitt 7.3.3.1.

²⁵⁵ Se RG 1991 s. 1186 (Hålogaland) der lagmannsretten i et obiter dictum påpekte at det at det ikke kan påvises noe relevant økonomisk tap for virksomheten, ”viser også at det ikke var grunnlag for konkurranseforbudet”. Se også RG 1983 s. 432 (Grete Roede) der de forpliktedes interesser ikke var tungveiende nok, sammenlignet med rettighetshaveren interesse i at konkurranseklausulen ble opprettholdt.

²⁵⁶ Se for eksempel RG 2000 s. 1092 (Borgarting).

²⁵⁷ Se Dege s. 258, og RG 1991 s. 1186 (Hålogaland) der det fremheves at det var 15-16 reisende konkurrenter og ca 60 andre selskaper som drev egen import med salg, og virksomheten atskilte seg ikke fra disse i vesentlig grad. Arbeidsgiveren hadde heller ikke gitt arbeidstakeren opplæring ”som ga innsikt i tilvirkning eller annen teknisk know-how” utover det som fremgikk av bruksanvisningen.

²⁵⁸ Momenter i tilknytning til rettighetshaverens interesser er som regel kommet til uttrykk i forbindelse med lenger enn påkrevet-vurderingen, men det er de samme momentene som er relevante i tilknytning til urimelighetsvurderingen.

Hvem som er parter i avtalen og styrkeforholdet mellom dem, er også her av betydning.²⁵⁹ Hvis konkurranseklausulen er inngått i forbindelse med et foretakssalg, har partene som regel en større frihet og det skal mer til for å sette klausulen til side. Situasjonen er mer oversiktlig, den forpliktete er gjerne blitt betalt for å ikke konkurrere, og presset er ikke tilsvarende som for arbeidstakerne.²⁶⁰ I en mellomstilling kommer tidligere eier som går inn som arbeidstaker i den virksomheten som han har solgt. Den foretakssalgslignende situasjonen som foreligger er forhold en bør ha i mente når en vurderer klausulen.²⁶¹

9.3.3 Samfunnets interesser

Det følger av forarbeidene at samfunnets interesser er ett av de grunnleggende hensynene bak leddet.²⁶² Spørsmålet er om også samfunnshensyn kommer inn i den konkrete vurderingen av gyldigheten av en konkurranseklausul, og kan påberopes av den forpliktete som begrunnelse for at klausulen er urimelig.

Det er eksempler fra rettspraksis der samfunnshensyn har hatt betydning for tolkingen av om et tilfelle var omfattet av konkurranseklausulen, og har vært et argument for en innskrenkende eller ikke utvidende tolking av en klausul.²⁶³

²⁵⁹ Se LE-1996-362 der det er fremhevet som et moment.

²⁶⁰ Se Poulsen s. 255.

²⁶¹ Se Dege s. 263. I RG 2004 s. 425 var det tale om en selger som ble ansatt i virksomheten. I forhold til første ledd vurderte tingretten konkurranseklausulen i tilknytning til oppkjøpet av næringsvirksomheten. Imidlertid vurderte også tingretten andre og tredje ledd, som kun gjelder ansatte.

²⁶² Se Utkastet s. 91, Bugge s. 136-137. og pkt 5.

²⁶³ Se for eksempel LF-2000-605, der det ved tolkingen av et konkurranseforbud i en samarbeidsavtale ble fremhevet av retten at "hensynet til konkurransefrihet mellom parter i næringslivet" talte "mot å tolke klausuler om konkurranseforbud utvidende". Se også RG 2004 s. 641 (Gulating), der konkurranseloven og hensynet til konkurransefriheten ble fremhevet ved tolkingen av et konkurranseforbud. Domstolen gikk ikke inn og vurderte klausulen i forhold til § 38, siden det uansett ikke forelå ansvarsgrunnlag for erstatning, og tilsidesettelse ble ikke aktuelt.

Samfunnshensyn er trolig mest aktuelt for konkurranseklausuler inngått utenfor arbeidsforhold, typisk i forbindelse med et foretakssalg. Det er da hensynet til næringsfriheten veier tyngst. Om det er tilstrekkelig alene for å tilsidesette en konkurranseklausul, er heller tvilsomt, men det kan være et støttemoment eller medføre at klausulen tolkes innskrenkende slik at forholdet til § 38 aldri settes på spissen.

I Sverige vektlegger domstolene kun de individuelle interessene når gyldigheten av en konkurranseklausul vurderes. Det vil si at verken samfunnets eller andre tredjeparters interesser påvirker vurderingen. Dette er blitt kritisert i teorien, som mener at også andre interesser bør kunne spille inn og påvirke vurderingen, og da spesielt konkurranserettslige hensyn ved beskyttelse av kundekrets.²⁶⁴

9.3.4 Kompensasjon

Etter ordlyden er det ikke et krav til vederlag for at konkurranseklausulen skal være gyldig.²⁶⁵ Samtidig er det fremhevet i forarbeidene at hvorvidt det utbetales et vederlag eller ikke, og størrelsen på vederlaget, i visse tilfeller kan få "væsentlig betydning" når gyldigheten av klausulen vurderes.²⁶⁶

Hvilken betydning det har for gyldigheten av konkurranseklausulen at den forpliktete får noen form for kompensasjon eller vederlag, vil variere. Hvis konkurranseforbudet reelt er et yrkesforbud og strekker seg over en periode av en viss lengde, og arbeidstakeren ikke får noen kompensasjon, er det som regel meget inngripende overfor den forpliktete. Personen står da uten noen mulighet for inntekt, og vil være prisgitt offentlige støtteordninger. Hvis personen derimot i perioden får utbetalt en kompensasjon, for eksempel tilsvarende 50 %

²⁶⁴ Se Adlercreutz/Flodgren s.123-124. I Danmark har ikke samfunnshensyn vært diskutert i noen særlig utstrekning, det jeg kan se, men Poulsen har fremhevet at monopolsynspunkt kan påvirke vurderingen av hvor lenge den forpliktete skal være forpliktet, se s. 243-245. Se også Wendelboe/Schwarz s. 91.

²⁶⁵ Se Dege s. 267 og Bergeius Andersen (2005) s. 46 med henvisning til rettspraksis der klausulen var gyldig selv om ingen eller ikke full kompensasjon ble gitt.

²⁶⁶ Se Utkastet s. 91 og Fougner (1999) s. 228-229.

av lønnen, vil han kanskje kunne klare seg økonomisk, og klausulen vil ha større mulighet til å bli stående.²⁶⁷

Hvis det er gode muligheter for å finne alternativt arbeid, er ikke behovet for vederlag like fremtredende ved vurderingen.²⁶⁸ Det er adgangen til erverv som er det avgjørende etter bestemmelsen, ikke kompensasjon.²⁶⁹

Det kan være situasjoner der en konkurranseklausul vil være ugyldig selv om det betales vederlag. Ikke-økonomiske forhold, som faglig utvikling, kan tale mot opprettholdelsen av en konkurranseklausul selv om vederlag betales. I tillegg kan den forpliktete helt falle utenfor i enkelte bransjer hvis han for eksempel er borte ett år, der utviklingen skjer i et rivende tempo.²⁷⁰ Et eksempel på en slik bransje er it-bransjen.²⁷¹ Noe paradoksalt, er det at det gjerne er i denne type bransjer at arbeidsgiveren også har det største behovet for å beskytte sin kunnskap. Hensynet til partenes interesser kommer da på spissen, og et eventuelt vederlag vil trolig ikke være avgjørende. Det kan likevel komme inn som et støttemoment. I tillegg kan hensynet til at arbeidskraft ikke skal legges øde tale imot at en konkurranseklausul er gyldig, selv om vederlag betales.²⁷²

Kompensasjonen kan komme til uttrykk på flere måter. En arbeidstaker kan ha fått utbetalt høyere lønn mens han var ansatt fordi han påtok seg konkurranseklausulen, eller ved at kjøper betaler et høyere vederlag ved kjøp av et foretak grunnet selgers konkurranseklausul.²⁷³ Videre kan den forpliktete få utbetalt et engangsvederlag når

²⁶⁷ Se Utkastet s. 91 der det er fremhevet at andre muligheter letter kan åpne seg hvis en har noe kapital, og Langer s. 141.

²⁶⁸ Se Fougner (1999) s. 229 med henvisning til rettspraksis.

²⁶⁹ Se Bergeius Andersen (2005) s. 46.

²⁷⁰ Se Bergeius Andersen (2002) s. 145.

²⁷¹ Se Ds 2002: 56 s. 427.

²⁷² Se Kvalsnes note 9 og avsnitt 5.2.

²⁷³ At vederlag utbetales mens arbeidstakeren er ansatt bør godtas i denne forbindelse, selv om det for eksempel i forbindelse med etterlønnssavtaler, jf. arbeidsmiljøloven § 15-16 (2), ikke godtas, se

arbeidsforholdet avsluttes, eller ”lønn” i perioden, eller deler av perioden, konkurranseklausulen gjelder.²⁷⁴ Hvis arbeidstakeren har fått dekket utdannelseskostnader, kan det også i visse tilfeller ses på som en form for vederlag.²⁷⁵ Likestilt med en ubetinget rett til vederlag bør være den forpliktedes rett til vederlag hvis vedkommende ikke får seg annet arbeid innen rimelig tid. Den forpliktede er også da sikret mot de økonomiske konsekvensene av konkurranseklausulen.²⁷⁶ Det har også blitt vektlagt i rettspraksis om arbeidstakeren er tilbudt vederlag uten at det er blitt utbetalt, eller om arbeidsgiveren på andre måter har prøvd å ”forebygge” de økonomiske konsekvensene av konkurranseklausulen.²⁷⁷

9.3.5 Geografisk utstrekning

Hvilket geografisk område som klausulen omfatter, er av stor betydning for om klausulen er urimelig eller ikke.²⁷⁸

Nerdrum/Hardeng s. 73 og arbeidsrett.no note 14 til § 15-16. Situasjonen skiller seg fra etterlønnstilfellene ved at vederlag ikke er et vilkår for en gyldig klausul, og det bør da heller ikke oppstilles krav til hvordan et eventuelt vederlag er utbetalt. Imidlertid bør det gjøres klart ut fra bevismessige hensyn at deler av lønnen innebærer vederlag for klausulen. Se også Homble s. 26. I LB-2004-12006 ble det lagt til grunn av lagmannsretten at det i henhold til avtalen ”lå en kompensasjon for konkurranseklausulen i stillingens avlønning”.

²⁷⁴ Se RG 1980 s. 84 (Frostating) der den forpliktede var sikret full lønn i perioden klausulen gjaldt (full lønn minus det han måtte tjene).

²⁷⁵ Se RG 1996 s. 1566 (Borgarting), der det imidlertid ikke fikk betydning for vurderingen av konkurranseklausulen, siden utdannelsen lå langt tilbake i tid og virksomheten hadde fått nytte av sine utgifter.

²⁷⁶ Se Fougner (1999) s. 229.

²⁷⁷ I RG 2000 s. 1092 (Borgarting) vektla lagmannsretten at forpliktede var blitt *tilbudt* tre måneder med lønn utover vanlig oppsigelsestid for en 12 måneders klausul, selv om ”lønnen” ikke ble utbetalt, og i RG 2001 s. 253 (Borgarting) ble det vektlagt at arbeidstakeren var invitert ”til forhandlinger om fortsatt ansettelsesforhold med andre oppgaver i en mellomliggende periode”, men arbeidstakeren viste ingen interesse.

²⁷⁸ Se avsnitt 9.2.4 om tilsvarende for andre alternativ.

Hvis klausulen kun omfatter det området den forpliktete jobbet innenfor vil det normalt ikke være urimelig. Det tilsvarer det geografiske området som er angitt for agenter.²⁷⁹ I dansk teori er det også antatt at klausulen vil bli godtatt hvis den gjelder området arbeidstakeren jobbet innen.²⁸⁰ Dette bør kunne være utgangspunktet for vurderingen etter § 38, men det er ingen absolutt grense for klausuler etter § 38, som det er etter agenturloven. Det kan foreligge forhold som kan tilsi et snevrere eller mer utvidet anvendelsesområde, for eksempel hvilken kunnskap arbeidstakeren har om arbeidsgiveren.

Klausulen kan også omfatte områder utenfor Norges grenser, uten at det i seg selv innebærer at klausulen vil være urimelig. Verken bestemmelsen eller dens forarbeider setter noen uttrykkelig yttergrense for det geografiske området. Det må fortas en vurdering av virksomhetens behov sammenholdt med hvilke begrensinger det angitte området innebærer for arbeidstakeren.²⁸¹

Når en vurderer hvilken betydning det geografiske området har, må en også ta hensyn til personens tilknytning til området som omfattes. Hvis den forpliktete ikke har noen tilknytning til området, med unntak av jobben, vil en konkurranseklausul virke mindre inngripende enn hvis også forhold utenfor arbeidet knytter vedkommende til stedet.²⁸² Det samme gjelder hvis den forpliktete ved for eksempel å pendle en normal strekning kan finne seg passende arbeid utenfor det aktuelle geografiske området. Hvis konkurranseklausulen derimot fører til at den forpliktete må flytte for å finne seg arbeid, taler det mot å opprettholde klausulen.²⁸³

²⁷⁹ Se agenturloven § 34 (1) nr. 2 ”det geografiske området ... som agenten har fått tildelt” og Eftestøl s. 244-245.

²⁸⁰ Se Paulsen/Sørensen s. 206.

²⁸¹ Se tilsvarende under avsnitt 9.2.4.

²⁸² Se Langer s. 156 om arbeidstakers geografiske mobilitet. Det er tilknytning til stedet og ikke eventuell nasjonalitet som er avgjørende.

²⁸³ I RG 1991 s. 1186 (Hålogaland) ble det vanskelige arbeidsmarkedet fremhevet i urimelighetsvurderingen. Arbeidstakeren hadde ikke klart å skaffe seg arbeid ”som var forenlig med kvalifikasjoner og bosted”. Klausulen ble ansett å stride mot § 38 (1).

Ved anvendelsen av konkurranseklausulen bør domstolene slå ned på forsøk på omgåelse. En part bør ikke kunne omgå avtalen ved for eksempel å plassere det nye foretaket rett utenfor det geografiske området, med det bevisste mål å betjene det geografiske området som er vernet av klausulen.²⁸⁴ Hvis den forpliktete tar ansettelse hos et foretak som er utenfor området, men likevel konkurrent, bør derimot klausulen ikke komme til anvendelse. Rettighetshaveren bør ha risikoen for at det området han angir, er tilstrekkelig for å verne virksomheten.²⁸⁵ Det samme bør gjelde hvis forpliktete etablerer seg utenfor det geografiske området, uten den hensikt å omgå konkurranseklausulen, men konkurranse likevel oppstår.

Også i forbindelse med dette momentet må det tillates en videre skjønnsmargin ved foretakssalg enn for konkurranseklausuler inngått med arbeidstakere. Som et utgangspunkt bør det trolig godtas at det geografiske område som foretaket var etablert i, blir utelukket fra konkurranse.

9.3.6 Utstrekning i tid

På lik linje med de foregående momentene er det av betydning hvor lenge konkurranseklausulen binder den forpliktete. Hvorvidt denne perioden innebærer en urimelig innskrenkning i adgangen til erverv, må vurderes ut fra partenes interesser.

Lovteksten er taus når det kommer til spørsmålet om en maksimal bindingstid. Av forarbeidene fremgår det at konkurranseklausuler som er ubegrenset i tid, kan stå seg. Men det er under den forutsetningen at klausulen omfatter et begrenset arbeids/fagområde, slik at den forpliktete ikke vil ha noen vanskelighet med å finne et passende arbeid som går

²⁸⁴ Se Paulsen/Sørensen s. 163 og Adlercreutz/Flodgren s. 125-126.

²⁸⁵ Se Hasselbalch s. 838.

klar av klausulen.²⁸⁶ Det er antydning av enkelte forfattere at det må være en maksimumsgrense for hvor lenge konkurranseklausuler kan binde den forpliktete.²⁸⁷ For arbeidstakere er maksimumsgrensen antydning til normalt ett år, kanskje opp til to år.²⁸⁸

Ut fra den foreliggende rettkildesituasjonen kan det etter min mening ikke utledes noen maksimumsgrense for at konkurranseklausul skal være rimelig. På den annen side vil domstolene trolig vurdere langvarige konkurranseklausuler strengt siden de kan være til dels meget inngripende overfor dem som er bundet av klausulene, og andre momenter må veie opp for den lange bindingstiden, for eksempel vederlag.²⁸⁹ Arbeidsgiveren må i tillegg vise at den har en beskyttelsesverdig interesse i bindingstiden, jf. andre alternativ. De retningslinjene som er antydning i teorien, og som også har kommet til uttrykk i agenturloven § 34, gir anvisning på en grense. Skal man gå ut over den, bør særlige forhold foreligge.

Et eksempel på vurdering av klausulens utstrekning i tid er RG 1996 s. 1241 (Oslo). Arbeidstakeren var bundet av konkurranseklausulen i to år. Domstolen påpekte at tiden kunne ”virke noe lang”, men retten mente at arbeidstakeren fortsatt hadde gode muligheter til å få seg lønnet arbeid i karenstiden, og klausulen var derfor ikke urimelig.

Når det gjelder foretakssalg, bør det kunne aksepteres lengre bindingstid enn i arbeidstakersituasjonene grunnet partenes stilling. I forbindelse med andre alternativ er fem år blitt trukket frem som en mulig øvre grense.²⁹⁰ Men på bakgrunn av lovteksten og uttalelser i forarbeidene, jf. ovenfor, kan livsvarige klausuler heller ikke utelukkes ved

²⁸⁶ Se Utkastet s. 91 og Bugge s. 137. Det er videre uttalt, både for første og andre alternativ, at det ikke var ønskelig å oppstille maksimal lengde for alle konkurranseklausuler, se Utkastet s. 92-93.

²⁸⁷ Se Borch/Fougner s. 87, som uttaler at: ”Konkurranseklausuler som ikke er tidsbegrenset vil i utgangspunktet være urimelige, men vil i så fall kunne opprettholdes i en viss periode.”

²⁸⁸ Borch/Fougner s. 87-88.

²⁸⁹ Se Bergeius Andersen (2002) s. 145-146. Se for eksempel RG 1980 s. 84 (Frostating) der det ble fremhevet at arbeidstakeren var sikret full lønn i karenstiden på 12 måneder.

²⁹⁰ Se Bergeius Andersen (2005) s. 44. I LB-2002-2780 ble grensen som er antydning i juridisk teori trukket frem i tilknytning til urimelighetsvurderingen ved overdragelse av en næringsvirksomhet.

foretakssalg. Det gjelder spesielt der det betales et vesentlig vederlag ved salget av virksomheten. Men domstolen vil kunne sette klausulen helt eller delvis til side også ved foretakssalg, enten klausulen er livsvarig eller har en kortere angitt bindingstid, hvis den ”urimelig innskrenker” den forpliktedes adgang til erverv.²⁹¹

For å fastslå til når den forpliktede er bundet, er det også viktig å kjenne tidsperiodenes utgangspunkt. Også for dette alternativet bør skjæringspunktet være det tidspunkt da den forpliktede fratrer eller overtakelsen av foretaket skjer, på lik linje som for andre alternativ i leddet, se avsnitt 9.2.3.

9.3.7 Inngåelsestidspunktet

Tidspunktet partene inngår avtalen på kan ha betydning for vurderingen av gyldigheten av klausulen.²⁹² Hvis avtalen er inngått i forbindelse med en oppsigelse eller nær opptil avslutning av arbeidsforholdet, er det antatt at det skal mer til for å sette klausulen til side.²⁹³ Den forpliktede har da ofte et bedre grunnlag for å vurdere situasjonen, vedkommende vet at arbeidsforholdet skal avsluttes, og virkningene av klausulen er nærstående. Det foreligger heller ikke samme press som ved signeringen av en arbeidsavtale eller ved en forfremmelse. Behovet for vern av den svake part, som er fremhevet som ett av grunnhensynene, er derfor ikke like fremtredende.²⁹⁴

Dette momentet er som regel ikke aktuelt i forbindelse med foretakssalg. Da inngås konkurranseklausulen oftest på tilnærmet samme tidspunkt som den blir aktuell, og situasjonen er som regel mer oversiktlig. Det foreligger som regel heller ikke tilsvarende press for å signere selve salgsavtalen, og med det konkurranseklausulen.

²⁹¹ Se for eksempel RG 2004 s. 425 (Oslo).

²⁹² Se Rt. 2006 s. 1025 der Høyesterett i avsnitt 52 åpner for at vurderingen kunne blitt en annen hvis avtalen hadde blitt inngått i forbindelse med en oppsigelse. Kjennelsen gjelder § 38 (3), men tilsvarende bør også kunne være av betydning ved vurderingen etter første ledd.

²⁹³ Se for eksempel Fougner (1999) s. 229 og Dege s. 260.

²⁹⁴ Se avsnitt 5 og Utkastet s. 94-95 som fremhever tilsvarende hensyn i tilknytning til andre ledd.

9.3.8 Standardavtale – individuell utforming

Avtaleloven § 38 kan ses som et uttrykk for et ønske om å begrense bruken av konkurranseklausuler, og konkurranseklausulen må kunne begrunnes overfor hver enkelt forpliktet. Derfor er det i deler av teorien uttrykt en viss skepsis til konkurranseklausuler som er en standardklausul.²⁹⁵ Rettighetshaveren kan få problemer med å begrunne en konkurranseklausul overfor den forpliktete hvis den ikke er gjennomtenkt, men bare er ”slengt” på fordi det er greit å ha med. Når det er sagt, vil det at konkurranseklausulen er del av en standardavtale ikke i seg selv medføre at konkurranseklausulen er urimelig. Kan rettighetshaveren begrunne klausulen overfor denne forpliktete, vil klausulen få anvendelse på lik linje med individuelt utarbeidede klausuler.²⁹⁶

9.3.9 Andre momenter

Andre momenter kan også komme inn ved vurderingen av om klausulen urimelig innskrenker adgangen til erverv eller ikke. Et moment som kan være av betydning, er hvor lenge den forpliktete har vært ansatt. Hvis arbeidstakeren kun har vært ansatt en kort periode, kan det virke urimelig å pålegge personen en konkurranseklausul, særlig hvis han blir bundet av konkurranseklausulen for en lengre periode enn han har vært ansatt.²⁹⁷ Den korte tiden kan også tilsi at personen ikke har fått kjennskap til informasjon som har konkurransemessig betydning. Men andre faktorer kan tilsi det motsatte, for eksempel stillingen personen hadde. Forholdet mellom perioden arbeidstakeren har vært ansatt og konkurranseklausuler er også fremhevet i Danmark som et moment.²⁹⁸

²⁹⁵ Se Dege s. 258.

²⁹⁶ I LB-1995-1050 var klausulen inntatt som en del av en standardavtale. Det at det var en standardavtale, kombinert med at den var forfattet av arbeidsgiveren, talte mot en innskrenkende tolking i disfavør av arbeidstakeren.

²⁹⁷ Se Dege s. 260 om forholdet mellom ansettelsestid og forpliktelse.

²⁹⁸ Se Langer s. 144 og 157.

Medarbeidernes alder kan også påvirke vurderingen. For unge mennesker kan en konkurranseklausul hindre et karriereskifte, og det er fremhevet i forarbeidende at dette er en særlig utsatt gruppe.²⁹⁹ Men også forpliktete som er i slutten av sin yrkeskarriere, kan være særskilt utsatt og ha større problemer med å finne alternativt arbeid.³⁰⁰ Dette kan tale for en strengere vurdering i forhold til om klausulen innskrenker adgangen til erverv.

²⁹⁹ Utkastet s. 94 i tilknytning til andre ledd. Der påpekes det at når konkurranseklausuler inngås med underordnede, inngås de ofte med mennesker som er unge og ”før vedkommende har faat den voksne mands modenhet”, og dette i seg selv innebærer en frykt for misbruk. Dette må gjelde mer allment. Se også Langer s. 156-157

³⁰⁰ Se Langer s. 157.

10 Paragraf 38 andre ledd

10.1 Innledning

Paragraf 38 (2) kommer til anvendelse på konkurranseklausuler inngått med arbeidstakere som faller inn under kategorien ”underordnet”.³⁰¹ For denne gruppen er hovedregelen at konkurranseklausulen er ugyldig.³⁰² Hvis klausulen skal bli stående, må unntaket i andre punktum komme til anvendelse. Kommer unntaket til anvendelse, er klausulens gyldighet fortsatt ikke endelig avgjort, for unntaket fra unntaket kan føre til at klausulen likevel vil være ugyldig.

Bestemmelsen er særnorsk, men forholdet til underordnede er også, på ulike måter, fremhevet i Sverige og Danmark.³⁰³ Men grunnet ulikhetene i reguleringen er det begrenset hvor mye danske og svenske rettskilder kan tilføre ved tolkingen av § 38 (2).

10.2 Begrepene ”indehaveren” og ”ansat”

Det fremgår av lovteksten at det er kun avtaler inngått mellom ”indehaveren av en bedrift” og noen ”som er ansat i bedriften” og som er underordnet, som er regulert av leddet. Avtaler som er inngått mellom andre enn disse to partene, faller utenfor bestemmelsens anvendelsesområde.

Begrepet ”indehaveren” må i dag likestilles med arbeidsgiverbegrepet i arbeidsmiljøloven § 1–8 (2).³⁰⁴ Om konkurranseklausulen er inngått med daglig leder, eier eller lignende, kan

³⁰¹ Forutsetningen er at de kumulative vilkårene er oppfylt, jf. avsnitt 7.

³⁰² Se Utkastet s. 93 og Fougner (1999) s. 231. Se avsnitt 5.3 for hensynene bak bestemmelsen.

³⁰³ Se kapittel 4.

ikke være avgjørende. Det avgjørende må være om den er inngått i et arbeidstaker/arbeidsgiverforhold.³⁰⁵

”Ansatt” i andre ledd er naturlig å likestille med arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven § 1-8 (1), ”enhver som utfører arbeid i annens tjeneste”.³⁰⁶ Det sentrale er tjenesteelementet.³⁰⁷ Det vil si at selvstendig næringsdrivende, konsulenter og lignende ikke er vernet av bestemmelsen.³⁰⁸

10.3 Underordnet ansatt

Ordlyden begrenser anvendelsesområdet for bestemmelsen til de som har en ”underordnet stilling”. Bestemmelsen lister opp en rekke ulike typer ansatte som er å regne som underordnede, men det er ingen uttømmende opplisting.³⁰⁹

³⁰⁴ På tiden da avtaleloven ble vedtatt var arbeidsgiver- og innehaverbegrepet til dels synonyme, se for eksempel Fabrikksstilsynsloven (1909) som §§ 50 og 54 brukte ”arbeidsgiver”, mens § 3 brukte ”innehaver”. I dag er situasjonen endret, og i forbindelse med nyere lovgivning er det skjedd et skifte i begrepsbruken, arbeidsgiver er det dominerende begrepet, se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 338. Lovgiver valgte der å erstatte ”innehaver” med ”arbeidsgiver” i arbeidsmiljøloven § 16-1, med den begrunnelse at det er ”i samsvar med dagens forståelse av innehaverbegrepet”. Se Jakhelln (2006) s. 36-43 og Fougner (1999) s. 137-150 om de ulike grensene for hvem som er arbeidsgiver i dag.

³⁰⁵ Det følger av § 1-8 (2) at ”den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten” er å likestille med arbeidsgiver. Det tilsier at en bør kunne legges til grunn et videre begrep enn at det kun er én person som er innehaveren, siden ansvaret og arbeidsoppgavene ofte fordeles mellom flere.

³⁰⁶ Arbeidstaker var heller ikke et innarbeidet begrep da avtaleloven ble vedtatt, en skilte mellom ulike typer arbeidere, og ansatte var en samlebetegnelse, jf. arbeiderbeskyttelsesloven (1915) § 2. Ved arbeidervernloven (1936) § 2, kom ”arbeider” inn som en samlebetegnelse. I dag er det ”arbeidstaker” som brukes som betegnelse på alle som er ansatt. Se Jakhelln s. 32-36 om hvem som er å anse som arbeidstaker.

³⁰⁷ Se Utkastet s. 93 der tjenesteforholdet er påpekt. Nærmere om midlertidig ansatte i avsnitt 13.1.

³⁰⁸ Se for eksempel LE-1996-362.

³⁰⁹ Jf. ordlyden og Utkastet s. 94.

Opplistingen er preget av den tid da avtaleloven ble til. Mye har endret seg siden den gang. I dag har også de typisk underordnede ofte tilgang til informasjon av konkurransemessig betydning.³¹⁰ Det at arbeidstakeren har tilgangen til informasjon bør, imidlertid ikke være avgjørende for om arbeidstakeren blir kategorisert som underordnet eller ei, det er stillingen som er avgjørende. Eventuell tilgang til informasjon som den underordnede arbeidstakeren har, tas det hensyn til i andre punktum i leddet, unntaket for innblikk i kundekrets og forretningshemmeligheter.

En rekke momenter er av betydning ved vurderingen av hvem som er å regne som underordnet. Det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, der både ansettelsesforholdets og stillingens innhold og karakter er av betydning. Å sammenligne den aktuelle stillingen med de stillingstypene som er opplistet, kan gi veiledning i vurderingen av om stillingen er omfattet av andre ledd.³¹¹

Momenter som kan være av betydning, er påpekt i rettspraksis. Ansatte i ledende stillinger er ansett å falle utenfor, noe som også er naturlig ut fra ordlyden.³¹² Imidlertid er det ikke et krav om at arbeidstakeren må være overordnet for at leddet ikke skal komme til anvendelse. Andre momenter er grad av selvstendighet og om personen har vært i direkte, førstelinje eller personlig kontakt med kundene. Hvilket ansvar den ansatte har, er av betydning, om vedkommende for eksempel er ansvarlig for videreutvikling, rekruttering eller lignende.³¹³ Arbeidstakerens inntekt er også et moment, men, som det fremgår av

³¹⁰ Se Bergeius Andersen (2005) s. 47.

³¹¹ Se Kvalsnes note 21 og LH-2002-1071. Se også Utkastet s. 94 der det uttales at domstolene er gitt "adgang til, hvor de føler behovet for det, at kjende et konkurranseforbud ugyldig ogsaa i andre forhold end de specielt angivne".

³¹² Se for eksempel RG 1996 s. 383 (Hålogaland) hvor salgsleder/selger ikke ble ansett å være underordnet. Arbeidstakerens tittel er imidlertid heller ikke alene avgjørende, se RG 1991 s. 1186 (Hålogaland).

³¹³ Se for eksempel RG 2000 s. 1092 (Borgarting), RG 2001 s. 253 (Borgarting), LH-2002-1071 og LG-1992-950 for momenter i vurderingen.

forarbeidene, var det ikke ønskelig å sette grensen for hvem som er underordnet alene ut fra inntekten til arbeidstakeren.³¹⁴

Ved vurderingen av om arbeidstakeren er underordnet, er det som utgangspunkt arbeidstakerens stilling ved avslutningen av arbeidsforholdet som er avgjørende.³¹⁵ Hvis arbeidstakeren har gått fra en underordnet til en ledende stilling, vil arbeidstakeren falle utenfor andre ledd. Bestemmelsen kan ikke tolkes slik at ”konkurransesklausulen bortfaller automatisk” fordi den ansatte var underordnet på tidspunktet for signering av avtalen.³¹⁶ Det kan spørres om tilsvarende skal gjelde hvis arbeidstakeren går fra en ledende stilling til å bli underordnet, eller om den tidligere ledende stillingene er avgjørende. I RG 1996 s. 1241 (Oslo) har retten ved avgjørelsen av om vedkommende var underordnet lagt vekt på innsikten arbeidstakeren hadde fått i virksomheten, da han tidligere hadde en ledende stilling.³¹⁷ På dette punkt kan jeg ikke si meg enig med byrettens vurdering. Bestemmelsen bør tolkes likt enten det er skjedd en endring fra underordnet til mer ledende eller fra en mer ledende til en underordnet stilling. Den kunnskapen arbeidstakeren eventuelt sitter med om foretaket, vil komme inn når en vurderer unntaket i andre punktum. Unntaket vil fort være aktuelt ettersom arbeidstakeren har en slik kjennskap til foretaket, men kjennskapen bør ikke være avgjørende for om arbeidstakeren er underordnet eller ikke. Et slik oppdeling av vurderingen samsvarer også best med bestemmelsens oppbygning. Dette vil si at det er arbeidstakerens stilling ved avslutningen av arbeidsforholdet som er avgjørende for om han er å anse som underordnet eller ikke.

³¹⁴ Se Utkastet s. 93 og LE-1987-177.

³¹⁵ Se RG 2001 s. 253 (Borgarting).

³¹⁶ Se Fougner (1999) s. 232.

³¹⁷ Byretten er her ikke konsekvent ved sin rettsanvendelse. Etter å ha konkludert med at arbeidstakeren ikke var underordnet går lagmannsretten over til å påpeke at arbeidstakeren med den informasjonen vedkommende har vil kunne gjøre betydelig skade, som er en del av vurderingen etter andre ledd. Se Fougner (1999) s. 232 der Fougner nevner avgjørelsen som et eksempel på en arbeidstaker som ikke var å anse som underordnet.

10.4 Grenselinjen mellom første og andre ledd

Grensen for hvem som er å regne som underordnet, er ikke klar. Hvis det er tvil om arbeidstakeren omfattes av begrepet underordnet, er det i forarbeidene antatt at det uansett ikke vil være av stor betydning når det gjelder det vern arbeidstakeren vil få. De som klart er omfattet, vil få den beskyttelse de har behov for etter andre ledd. Tvilstilfellene som eventuelt faller utenfor, kommer inn under første ledd, og arbeidsgiver vil kunne ha problemer med begrunne hvorfor virksomheten har et behov for å verne seg mot at disse arbeidstakerne konkurrerer. Arbeidstakerne vil for de fleste tilfeller være vernet av første ledd.³¹⁸ Ved innføringen av unntaket i andre ledd har forskjellen trolig blitt enda mindre. Konkurransesklausuler inngått med underordnede er ikke automatisk ugyldige, og arbeidstakere som sitter med en viss type kunnskap som arbeidsgiver har behov for å verne, er ikke beskyttet av bestemmelsen med mindre unntaket fra unntaket kommer til anvendelse.

Det er også eksempler fra rettspraksis på at domstolen ikke tar et endelig standpunkt til om arbeidstakeren er å regne som underordnet eller ikke, eller ikke anser det avgjørende for å løse tvisten.³¹⁹ Fordelen for den ansatte hvis hans situasjon blir vurdert etter andre ledd, er bevisbyrden. Etter andre ledd trenger arbeidstakeren bare å bevise at han er underordnet, da overføres bevisbyrden til arbeidsgiveren for at klausulen er gyldig.³²⁰

En tilsvarende glidende overgang mellom første og andre punktum i andre ledd fremgår av enkelte rettsavgjørelser. Det konkluderes med at arbeidstakeren ikke er underordnet på grunn av kjennskapen han har til virksomheten, eller det tas ikke endelig stilling til spørsmålet fordi vedkommende uansett faller inn under andre punktum.³²¹

³¹⁸ Og omvendt, de arbeidstakerne arbeidsgiveren har et klart behov å beskytte seg mot vil falle utenfor andre ledd, se Utkastet s. 94.

³¹⁹ Se RG 1991 s. 1186 (Hålogaland).

³²⁰ Se Utkastet s. 94. Grunnet endringene av bestemmelsen som ble gjort vil bevisbyrden skifte etter hvilken del av bestemmelsen som kommer til anvendelse.

³²¹ I RG 2001 s. 253 (Borgarting) tok ikke retten endelig stilling til om arbeidstakeren var underordnet. Se også RG 1996 s. 1241 og avsnitt 10.3.

10.5 "Er ansat"

Det fremgår av ordlyden at leddet kun får anvendelse på avtaler som er inngått med en som "er ansat." Problemstillingen i denne forbindelse er på hvilket tidspunkt en arbeidstaker er å anse som ansatt. Det er særlig avtaler inngått i oppsigelsestiden som fremstår som problematiske.

Avtaler inngått i forbindelse med ansettelsen og under selve ansettelsen faller inn under lovens vilkår. I disse situasjonene kan den ansatte være under press, ved at vedkommende for eksempel ønsker seg stillingen, forfremmelsen eller lønnspålegget, og inngåelse av konkurranseklausulen er en forutsetning for ansettelsen, forfremmelsen eller lønnspålegget. Den ansatte tenker da ikke alltid like mye på fremtiden og hvilke konsekvenser klausulen vil kunne få.³²²

Etter at arbeidstakeren selv har sagt opp eller er blitt sagt opp, er ikke disse hensynene like fremtredende. Arbeidstakeren har større mulighet til å vurdere fremtiden og situasjonen ettersom vedkommende vet når arbeidsforholdet vil bli avsluttet. Det er mindre press og ikke samme beskyttelsesbehov. På den bakgrunn har forarbeidene konkludert med at avtaler inngått etter tidspunktet for oppsigelse faller utenfor andre ledd.³²³

Fougner har vurdert om spørsmålet om avtaler i oppsigelsestiden er omfattet av andre ledd. Han mener at forståelsen i forarbeidene ikke kan legges til grunn, siden en person også er ansatt i oppsigelsestiden.³²⁴ Fougner velger å legge avgjørende vekt på ordlyden, og mener derfor at avtaler inngått i oppsigelsestiden også vil være omfattet og vernet av andre ledd.³²⁵

³²² Se Utkastet s. 94.

³²³ Se Utkastet s. 94-95. Se også Bugge s. 141.

³²⁴ Se Fougner (1999) s. 299, i oppsigelsestiden løper arbeidsforholdet som før.

³²⁵ Se ibid. s. 231-232. Se også Borch/Fougner s. 90.

Valget står altså mellom å legge den naturlige forståelse av ordlyden til grunn, eller å tolke den innskrenkende på bakgrunn av forarbeidene. Begrunnelsen bak andre ledd er å verne arbeidstakere som kan være særlig utsatt, kombinert med at det er begrenset behov for slike klausuler overfor denne gruppen.³²⁶ Hvis forarbeidenes forståelse legges til grunn, vil arbeidstakeren fortsatt være vernet av første ledd. Når den ansatte også er å regne som underordnet, skal det uansett mye til for at konkurranseklausulen vil stå seg.³²⁷ Avtaleloven § 38 (2) vil heller ikke være den eneste bestemmelsen der det er åpnet for ulik behandling av avtaler inngått før og etter oppsigelsen når det gjelder preseptoriske regler.³²⁸

Kombinasjonen av uttalelsene i forarbeidene og at hensynene som begrunner andre ledd ikke gjør seg gjeldende med samme tyngde, tilsier etter min mening at andre ledd trolig bør tolkes innskrenkende, slik at avtaler inngått etter oppsigelsestidspunktet ikke er omfattet.³²⁹

Avtaler inngått etter at arbeidsforholdet er opphørt er ikke regulert av andre ledd, ettersom arbeidstakeren da ikke lenger er ansatt.³³⁰

10.6 "En viss tid efterat"

Lovteksten oppstiller også som vilkår at klausulen må gjelde "en viss tid, efterat ansættelsen er ophørt" for å være omfattet av andre ledd. Det vil si at klausuler som kun regulerer forholdet mellom partene i ansettelsestiden ikke er omfattet av bestemmelsen. Det er fremhevet i forarbeidene at det er et legitimt ønske fra arbeidsgiveren at arbeidstakeren

³²⁶ Se Utkastet s. 93-94.

³²⁷ Se avsnitt 10.4.

³²⁸ Se for eksempel arbeidsmiljøloven § 15-3 (8) og Bugge Fougner/Lenth s. 271 med tilsvarende argumentasjon i tilknytning til tredje ledd.

³²⁹ Etter Rt. 2006 s. 1025, der Høyesterett vurderte § 38 (3), er det heller ikke utelukket at klausuler inngått i forbindelse med en oppsigelse kanskje kan stille seg annerledes enn klausuler inngått på et tidligere tidspunkt. Se også avsnitt 13.2.

³³⁰ Se Fougner s. 231.

ikke arbeider for andre mens han er ansatt, og lovgiver trenger ikke å innskrenke arbeidsgivers mulighet til begrense slikt arbeid.³³¹

Hvis konkurranseklausulen gjelder både under og etter ansettelsen, kan det diskuteres om hele eller kun deler av klausulen er omfattet av bestemmelsen. Uttalelser i forarbeidene kan tilsi at hele klausulen er vernet.³³² På den andre siden tilsier ikke hensynene som begrunner bestemmelsen at hele klausulen skal bortfalle. Arbeidsgiveren har fortsatt et legitimt behov for å verne seg mot konkurranse fra arbeidstakere mens de er ansatt.³³³ Etter min mening må bestemmelsen trolig tolkes slik at det bare er den delen av klausulen som gjelder etter at arbeidsforholdet er avsluttet, som eventuelt kan settes til side etter andre ledd.³³⁴

Siden ordlyden gir henvisning til at avtalen skal gjelde "en viss tid", har det såvidt vært diskutert i juridisk teorien om evigvarende konkurranseklausuler omfattes. Konklusjonen må være at evigvarende klausuler er omfattet. Hensynene bak bestemmelsen taler for denne forståelsen, ettersom evigvarende konkurranseklausuler vil innebære et større hinder og et større behov for vern for arbeidstakeren enn hvis klausulen som kun gjelder "en viss tid etterat".³³⁵

10.7 Unntaket i andre punktum

Hvis en etter de ovenstående vurderinger er kommet til at arbeidstakeren er underordnet og klausulen også oppfyller de andre vilkårene i bestemmelsen, er utgangspunktet at klausulen er ugyldig etter andre ledd og må settes til side. Fra dette utgangspunktet gjøres det unntak for det tilfellet ansettelsen er av den art at den ansatte enten har innblikk i "indehaverens kundekreds" eller i "forretningshemmeligheter", og innblikket vil kunne benyttes til "i

³³¹ Se Utkastet s. 95.

³³² Se l.c., hvor det fremgår at klausulen er ikke omfattet hvis den gjelder "bare under selve ansættelsen".

³³³ L.c.

³³⁴ Se tilsvarende konklusjon hos Langer s. 161, i tilknytning til § 38 (2) i Danmark, (§ 38 (3) i Norge), som har en lignende ordlyd som § 38 (2) i Norge. Kanskje motsatt hos Borch/Fougner s. 90.

³³⁵ Se Borch/Fougner s. 90.

betydelig grad at skade indehaveren”. Unntaket kom inn ved justiskomiteens innstilling i 1918. Komiteen mente at den generelle regelen måtte innskrenkes noe. Forbildet for unntaket var en tilsvarende bestemmelse i den sveitsiske loven.³³⁶ Hvis den ansatte sitter med denne type kunnskap, har arbeidsgiveren et behov for vern.³³⁷

Da unntaket kom sent inn i lovprosessen, er det ikke i særlig grad utdypet i forarbeidene hva vilkårene innebærer, men rettspraksis og regulering fra lignende rettsområder kan gi en viss veiledning.

10.7.1 Innsikt i kundekrets eller forretningshemmeligheter

For at unntaket skal komme til anvendelse, må ett av to alternative vilkår være oppfylt, arbeidstakeren må ha innblikk enten i arbeidsgiverens kundekrets eller i dennes forretningshemmeligheter.

Alternativet som gjelder arbeidstakerens innblikk i kundekretsen, er først og fremst aktuelt når det gjelder underordnede i salgsjobber og annen utadrettet virksomhet, selv om også andre som har oversikt over kundelister og lignende, kan være omfattet.³³⁸ I RG 2001 s. 253 (Borgarting) ble det fremhevet at den ansatte ”i kraft av sin stilling [hadde] fått bred innsikt i firmaets salgsarbeid og kundekrets. ...[Vedkommende hadde også] vært i en posisjon hvor hun [hadde] kunnet opparbeide relasjoner til kundene direkte selv om hun ikke [hadde] vært uteselger”. På denne bakgrunn kom retten til at vedkommende i utgangspunktet var bundet av klausulen.³³⁹ I LH-2003-132 kom også retten til at den ansatte hadde innblikk i kundekrets og i noen utstrekning forretningshemmeligheter, og at

³³⁶ Se Indst. O. IX (1918) s. 5.

³³⁷ Se Borch/Fougner s. 90-91.

³³⁸ Se Kvalsnes note 23.

³³⁹ Retten drøftet ikke uttrykkelig hvilken type skade vedkommende kunne gjøre.

det kunne utnyttes til i betydelige grad å skade rettighetshaveren. Det avgjørende var beskrivelsen retten fikk av arbeidstakerens arbeidsoppgaver.³⁴⁰

Med den tilgangen til informasjon som ligger i datasystemer og lignende i dag, vil mange arbeidstakere ha innsikt i beskyttelsesverdig informasjon, selv om de ikke har en ledende stilling.³⁴¹ Det skal derfor trolig mindre til enn tidligere for at retten kommer til at arbeidstakeren har innblikk i arbeidsgiverens kundekrets, og da spesielt hvis arbeidstakeren jobber direkte opp mot kundene.

Begrepet "forretningshemmeligheter" er ikke definert nærmere i forarbeidene. Det kan være naturlig å legge til grunn en lignende forståelse av begrepet som i andre bestemmelser om forretningshemmeligheter. Straffeloven § 294 nr. 2, som gjaldt da § 38 ble vedtatt, henviser til "Forretnings- eller Driftshemmelighed", og bestemmelsen har et tilsvarende verneformål. Imidlertid er heller ikke dette et klart definert begrep, og gir begrenset veiledning for forståelsen av begrepet. Av nyere lovgivning har markedsføringsloven § 7 et forbud mot rettsstridig utnyttelse av visse former for informasjon i næringsvirksomhet. Selv om bestemmelsen bruker et litt annet begrep, "bedriftshemmelighet", og er en nyere bestemmelse, bør den likevel kunne gi en viss veiledning for hvilken type kunnskap som kan søkes vernet.³⁴²

I beskrivelsen av bedriftshemmeligheter i forarbeidene og juridisk teori i tilknytning til markedsføringsloven oppstilles det et kvalitativt krav til kunnskapen som søkes vernet. Kunnskapen må i relasjon til vedkommende foretak være spesifikk og være av betydning for driften. Det er ikke noe absolutt krav til at kunnskapen ikke skal være kjent tidligere eller være utarbeidet ved virksomheten, selv om det er det normale. Det oppstilles videre et krav til hemmelighold. Bedriften må ha tatt visse skritt for å verne kunnskapen mot

³⁴⁰ Se også Rt. 1929 s. 433, førstvoterendes votum.

³⁴¹ Se Bergeius Andersen (2005) s. 47.

³⁴² "Bedriftshemmeligheter" har fått innpass som en fellesbetegnelse på forretnings- og driftshemmeligheter, se Konkurranselovkomiteen s. 47.

utenforstående, for eksempel gjennom taushetsplikt. Det kan også være forutsatt i selve situasjonen. Kretsen av personer som har kjennskap til ”bedriftshemmeligheten”, kan heller ikke være for omfattende. Dette gjelder særlig for personer som ikke har en eller annen form for taushetsplikt. Bedriftshemmeligheter er ikke begrenset til teknisk kunnskap, men kan omfatte et bredt spekter av kunnskap fra produksjonsmetoder til opplysninger om økonomi og lignende.³⁴³

Dette er en type kunnskap som arbeidsgiveren åpenbart har en interesse i å verne, og det må kunne antas at kunnskap som oppfyller disse kravene også er omfattet av forretningshemmelighetsbegrepet i avtaleloven § 38 (2). Det kan også tenkes at begrepet omfatter andre typer kunnskap. Noen klar grense for hva som er å anse som en forretningshemmelighet utover den veiledning momentene som er fremhevet ovenfor er imidlertid vanskelig å angi.

10.7.2 ”Betydelig grad at skade innehaveren”

Er det konkludert med at den ansatte har innblikk i kundekrets eller forretningshemmeligheter, er ikke dette tilstrekkelig for at konkurranseklausulen skal være gyldig. Det er videre et krav om at arbeidstakeren skal ”kunde benytte” dette innblikk til å ”i betydelig grad ... skade innehaveren”.

Hva ligger så i dette vilkåret om at arbeidstakeren skal ”kunde benytte dette innblikk til i betydelig grad at skade innehaveren”? Av ”kunde benytte” kan det utledes at det ikke er noe krav om at den ansatte på noen måte har brukt sitt innblikk til å skade innehaveren. Det er tilstrekkelig at vedkommende har mulighet til å benytte kunnskapen til å skade arbeidsgiveren.³⁴⁴ Vilkaaret er ikke nærmere omtalt i forarbeidene.

³⁴³ Se Løchen/Grimstad s. 146 og Konkurranselovkomiteen s. 47-49 om bedriftshemmelighetsbegrepet med eksempler.

³⁴⁴ Se ordlyden i § 38 (2) og Rt. 1929 s. 433 på s. 435 der flertallet uttaler at ”... i alle tilfeller mener jeg at Wiigs innblikk i kundekretsen paa grunn av ansettelsen var saadan, at han kunde benytte ...”

Uttrykket ”betydelig grad at skade” er heller ikke nærmere berørt i forarbeidene. På bakgrunn av ordlyden i bestemmelsen må det kunne utledes et krav om at skaden det er en mulighet for at arbeidstakeren kan gjøre må være av en viss alvorlighetsgrad. Ikke enhver økning i konkurransen er tilstrekkelig for at konkurranseklausulen fortsatt skal være bindende. Et moment som kan være av betydning, er hvilken type informasjon den ansatte sitter på. Selv om vedkommende har innblikk i kundekretsen, er det ikke sikkert at denne kunnskapen har noen verdi for utenforstående. Det også av betydning hvordan markedet er bygget opp. Hvis det allerede er mange aktører på markedet, er det mindre sjanse for at den økte konkurransen vil kunne medføre store endringer for rettighetshaveren. Dette kan også få betydning i motsatt retning. Er det kun en stor konkurrent på markedet, og den ansatte går over til konkurrenten, er faren for skade større. Hvor stor likhet det er mellom produktene som tilbys, kan også påvirke vurderingen.³⁴⁵ Videre kan det være av betydning hvor etablert arbeidsgiveren er i markedet.³⁴⁶

10.8 Unntak fra unntaket

Er konkurranseklausulen bindende etter unntaksbestemmelsen, må rettsanvenderen foreta en tredje vurdering før en endelig konklusjon kan fattes. Unntaket fra første punktum har selv et unntak, nemlig hvis konkurranseklausulen i ”urimelig grad vanskeliggjør [arbeidstakerens] adgang til erverv eller strækker sig længer end paakrævet”.

Unntaket fra unntaket tilsvarende så å si vurderingen i første ledd, bortsett fra noen små forskjeller i ordlyden. I teorien er det antatt at dette ikke innebærer noen

³⁴⁵ Se LB-2004-96513.

³⁴⁶ Se mindretallets votum i Rt. 1929 s. 433.

realitetsforskjell.³⁴⁷ Det vil si at det skal foretas en tilnærmet lik vurdering som etter første ledd.³⁴⁸ Her vil det derfor kun kort bli påpekt noen særlige forhold for andre ledd.

For det første er det allerede konkludert med at den ansatte sitter med kunnskap som kan medføre betydelig skade for arbeidsgiveren. Det vil si at arbeidsgiveren har et behov for vern. Konkurransesklausulen kan likevel gå lengre enn påkrevet med hensyn til hvilke områder den dekker, faglig og geografisk, og når det gjelder utstrekning i tid, eller den kan urimelig grad vanskeliggjøre adgangen til erverv.

For det andre er arbeidstakeren definert som underordnet. Dette er et moment en bør ta med i vurderingen av om klausulen urimelig grad vanskeliggjør adgangen til erverv. Underordnede arbeidstakere er fremhevet som en gruppe arbeidstakere som har et særlig behov for vern, og faren for misbruk er større siden partene ikke er jevnbyrdige og konkurransesklausulen kan fremstå som et avgjørende hinder for at arbeidstakeren skal kunne komme seg frem i yrkeslivet.³⁴⁹ Dette må være av betydning selv om det er blitt konkludert med at arbeidstakeren har innsikt i arbeidsgiverens kundekrets eller forretningshemmeligheter. Hensynet til arbeidstakeren kan være mer tungtveiende.

³⁴⁷ Se Berg s. 92. Se også Borch/Fougner s. 91, der det henvises til vurderingen etter første ledd. I RG 2001 s. 253 (Borgarting) påpekte lagmannsretten at kriteriene etter første ledd er sammenfallende med kriteriene etter andre ledd.

³⁴⁸ Se avsnitt 9.

³⁴⁹ Se Utkastet s. 93-94 og avsnitt 10.4 om grenselinjen mellom første og andre ledd.

11 Paragraf 38 tredje ledd

11.1 Innledning

Tredje ledd består av to alternativer, som begge regulerer situasjoner ved avslutningen av et arbeidsforhold.³⁵⁰ Første alternativ regulerer situasjonen der arbeidsgiveren sier opp arbeidstakeren. Det avgjørende er om arbeidsgiveren har rimelig grunn til å si arbeidstakeren opp. Andre alternativ regulerer situasjon der arbeidstakeren velger å fratre. Etter dette alternativet er det avgjørende om arbeidsgiveren har gitt arbeidstakeren rimelig grunn til å fratre.³⁵¹ Hvis oppsigelsen eller fratredelsen kan tilbakeføres til forhold hos arbeidsgiveren vil konkurranseklausulen ikke binde arbeidstakeren.

I dette kapitlet vil det først bli drøftet hvilke ansatte som er beskyttet av tredje ledd. Deretter vil de ulike situasjonene der arbeidstaker henholdsvis blir sagt opp eller selv avslutter arbeidsforholdet, bli gjennomgått. Til slutt vil problemstillinger som gjelder avskjed, etterfølgende forhold, bruk av reservasjonsretten, konkurs og hvem som har bevisbyrden i de ulike situasjonene, bli kommentert.

Danmark har tilnærmet samme bestemmelse i aftaleloven § 38 (2). Paragraf 38 i Sverige regulerer ikke situasjonen uttrykkelig, men 1969-overenskomsten gir uttrykk for en lignende regulering.³⁵²

³⁵⁰ Det er også en forutsetning for at dette leddet skal komme til anvendelse, at de kumulative vilkårene er oppfylt.

³⁵¹ Hensynene bak bestemmelsen se Utkastet s. 95, Fougner (1999) s. 232-234 og avsnitt 5.4.

³⁵² Se kapittel 4. En tilsvarende bestemmelse gjelder trolig også allment, se Adlercreutz/Flodgren s. 95.

11.2 Hvilke avtaler er regulert av tredje ledd

Det fremgår av lovteksten at tredje ledd kun omfatter konkurranseklausuler som er inngått mens arbeidstakeren ”er ansatt”. Konkurranseklausuler som inngås etter at arbeidsforholdet er opphørt, faller utenfor lovens ordlyd.³⁵³ Når det gjelder konkurranseklausuler som inngås i oppsigelsestiden, er ikke rettstilstanden avklart. Imidlertid er det i Rt. 2006 s. 1025 åpnet for at løsningen kunne blitt en annen for konkurranseklausuler i oppsigelsestiden (avsnitt 52). Det vil si at konkurranseklausulen kunne vært bindende for arbeidstakerne. Det kan tilsi at avtaler inngått i oppsigelsestiden faller utenfor. Tilsvarende gjelder i forhold til andre ledd.³⁵⁴

Enkelte klausuler binder arbeidstakeren både mens han er ansatt og i tiden etter at arbeidsforholdet er avsluttet. I tilknytning til andre ledd har det blitt drøftet om hele eller kun deler av konkurranseklausulen eventuelt skal være omfattet av bestemmelsen. Jeg har konkludert med at de to delene avtalen må kunne skilles og vurderes hver for seg, slik at den delen som binder arbeidstakeren mens ansatt ikke er vernet av andre ledd. Tilsvarende bør da også gjelde for tredje ledd.³⁵⁵ Hensynet bak tredje ledd gjør seg ikke gjeldende for den delen av klausulen som binder arbeidstakeren mens han er ansatt. I denne perioden har arbeidsgiveren et berettiget behov for vern og arbeidsgiveren har ikke tatt fra arbeidstakeren muligheten til å forsørge seg selv eller lignende.³⁵⁶

11.3 ”Ansatt i anden stilling”

Tredje ledd omfatter etter ordlyden ansatte i ”anden stilling”.³⁵⁷

³⁵³ Se Kvalsnes note 25.

³⁵⁴ Se nærmere om dette under avsnitt 10.5 og avsnitt 13.2.

³⁵⁵ Avsnitt 10.6.

³⁵⁶ Se Langer s. 161. Det samsvarer med uttalelsene i forarbeidene i tilknytning til andre ledd, at arbeidsgiveren som et utgangspunkt bør kunne begrense arbeidstakerens konkurransemuligheter mens han er ansatt, se Utkastet s. 95.

³⁵⁷ Se også avsnitt 10.2 om begrepet ”ansatt”.

Det kan spørres om ansatte som i tillegg til å være arbeidstaker er involvert i virksomheten på andre måter, for eksempel som medeier eller styremedlem, er omfattet av begrepet "ansat".³⁵⁸ Ordlyden i bestemmelsen utelukker ikke at denne typen ansatte er omfattet. Imidlertid gjør ikke hensynene bak bestemmelsen seg gjeldende for denne gruppen ansatte. Hvis arbeidstakeren eier aksjer, andeler eller lignende, slik at vedkommende har innflytelse over sitt eget ansettelsesforhold, har ikke vedkommende ofte ikke tilsvarende behov for vern. At personer som har innflytelse over et foretak på eiersiden kan falle utenfor arbeidstakerbegrepet i enkelte tilfeller, gjelder også i forhold til arbeidsmiljøloven.³⁵⁹ Hvilke krav til innflytelse den forpliktede må ha før han eventuelt ikke er omfattet av bestemmelsen, er imidlertid vanskelig å oppstille.³⁶⁰ Ansattesrepresentant i styret som sitter der i egenskap av å være arbeidstaker, vil være omfattet av begrepet "ansat" og det vern bestemmelsen gir ved en oppsigelse.

Hvis en tidligere eier av et foretak går over til å være ansatt i tilknytning til overdragelsen, kan det også problematiseres om vedkommende er å regne som ansatt etter tredje ledd. Denne problemstillingen har vært diskutert i dansk teori. Der har det blitt påpekt at det avgjørende må være om konkurranseklausulen er inngått som en del av overdragelsen, eller om den er knyttet til arbeidsforholdet.³⁶¹ Det samme bør være avgjørende etter norsk rett. Hvis konkurranseklausulen er en del av ansettelsen, så gjør bestemmelsens bakenforliggende hensyn seg gjeldende, selv om arbeidstakeren tidligere eide foretaket.³⁶²

³⁵⁸ Denne problemstillingen kan også være aktuell i forhold til andre ledd, men siden få underordnede vil ha en slik innflytelse på en virksomhet, fremstår problemstillingen som mest aktuell her.

³⁵⁹ Se Fougner/Holo note 2 til § 1-8 på s. 99-100 og Jakhelln (2006) s. 31-32.

³⁶⁰ Se Wendelboe/Schwarz s. 65-66.

³⁶¹ Se Wendelboe/Schwarz s. 249-250, med henvisning til rettspraksis.

³⁶² I RG 2004 s. 425 (Oslo) påberopte en tidligere eier, som var blitt ansatt i virksomheten etter salget, seg § 38 (3) og (2). Retten vurderte ikke eksplisitt om konkurranseklausulen var inngått som ansatt. Tingretten konkluderte kun med at arbeidstakeren ikke var underordnet og at arbeidsgiveren ikke hadde gitt arbeidstakeren rimelig grunn til å si opp.

Ordlyden i bestemmelsen henviser til at arbeidstakeren må være "ansatt i anden stilling". De arbeidstakerne som klart må være omfattet av begrepet er arbeidstakere som har arbeidsoppgaver eller stillinger som ikke er av underordnet karakter, jf. motsetningsvis andre ledd. Dette må også inkludere arbeidstakere i ledende stillinger, siden også de har et behov for vern mot å bli satt i en vanskelig ervervsmessigsituasjon med manglende muligheter for inntekt. Det er heller ikke holdepunkter som tilsier at arbeidstakere i ledende stillinger faller utenfor. Det samme standpunktet er presentert i dansk teori.³⁶³

Ved at andre ledd ikke er en absolutt bestemmelse, er det en gruppe arbeidstakere som er bundet av konkurranseklausulen selv om de er underordnede. Det kan stilles spørsmålsteget ved om disse underordnede er omfattet av bestemmelsen i tredje ledd. Ordlyden i bestemmelsen, "anden stilling", tilsier at de ikke omfattet, siden underordnede er den eneste andre gruppen ansatte som er nevnt i bestemmelsen. Dette er også kommet til uttrykk i forarbeidene til bestemmelsen.³⁶⁴ Høyesteretts skille mellom underordnede og andre ansatte i avsnitt 30 i Rt. 2006 s. 1025 kan gi støtte til at alle underordnede ikke er omfattet av tredje ledd. Høyesterett vurderte imidlertid ikke eksplisitt denne konkrete problemstillingen.³⁶⁵

Imidlertid er det en rekke forhold som taler for at denne gruppen underordnede skal være omfattet av bestemmelsen i tredje ledd. For det første ble andre ledd endret ved justiskomiteens behandling av lovforslaget, slik at leddet ikke lenger er absolutt. Uttalelsene i forarbeidene det henvises til ovenfor ble avgitt da andre ledd var en absolutt bestemmelse. Før endringen var det ikke behov for at underordnede arbeidstakere var vernet etter tredje ledd, da konkurranseklausulen under enhver omstendighet ville bortfalle etter andre ledd. Motivet for endringen av andre ledd var ikke å unnta underordnede fra et tilsvarende vern som andre ansatt, men ønsket om å begrense anvendelsesområdet for

³⁶³ Se Wendelboe/Schwarz s. 66-67.

³⁶⁴ Se Utkastet s. 95, der det er uttalt "ansatt i anden stilling i en bedrift end i første ledd nævnt".

³⁶⁵ Se Kvalsnes note 26.

unntaksbestemmelsen i andre ledd.³⁶⁶ Hvilken betydning endringene ville få for anvendelsesområdet og forståelsen av tredje ledd, er ikke kommentert.³⁶⁷ Dette må medføre at det må legges mindre vekt på uttalelsene i forarbeidene og at dette får betydning for hvordan ordlyden bør forstås. Det er også påpekt i Rt. 2006 s. 1025 at det ved tilføyelser sent i lovprosessen ”ikke er til å unngå at det fra tid til annen ikke blir fullt samsvar mellom ulike deler av bestemmelsen”.³⁶⁸ For det andre taler reelle hensyn og § 38s stilling som vernebestemmelse for at tredje ledd bør verne de underordnede som ikke er omfattet av andre ledd. Etter min mening er det ingen gode grunner som taler for at underordnede arbeidstakere skal ha et svakere vern enn andre arbeidstakere. Dette er en gruppe arbeidstakere som har et særlig behov for vern. Det vil fremstå som urimelig at en underordnet ansatt vil være bundet av en konkurranseklausul når en arbeidstaker i en ledende stilling ikke vil være det. I juridisk teori er de samme forholdene fremhevet, endringen av lovbestemmelsen og vernet av underordnede, og det er konkludert med at tredje ledd også kommer til anvendelse for underordnede ansatte.³⁶⁹ Konklusjonen må således bli at tredje ledd tolkes utvidende, slik at underordnede arbeidstakere som ikke er vernet av andre ledd, er omfattet av tredje ledd.

Hvis en eventuelt kommer til motsatt konklusjon, fremgår det av forarbeidene til bestemmelsen at en slik innskrenkning av konkurranseklausulen som tredje ledd angir, ville gjelde uansett om den var lovfestet eller ikke.³⁷⁰ Det kan tilsi at alle, arbeidstakere og andre, trolig uansett vil kunne påberope seg et prinsipp tilsvarende bestemmelsen i tredje ledd.³⁷¹

³⁶⁶ Se Bugge Fougner/Lenth s. 267.

³⁶⁷ Se Indst. O. IX 1918 s. 5.

³⁶⁸ I avsnitt 33 i tilknytning til andre ledd sin betydning for forståelsen av tredje ledd.

³⁶⁹ Se Bugge Fougner/Lenth s. 267. Se også Kvalsnes note 26.

³⁷⁰ Se Utkastet s. 95. Forskjellen er at regelen i disse tilfellene ikke er preseptorisk. Se også Rt. 1921 s. 73 og Adlercreutz/Flodgren s. 95.

³⁷¹ Se Wendelboe/Schwarz s. 64 og s. 249-250.

11.4 Betydningen av hvem som har avsluttet arbeidsforholdet

Tredje ledd består av to alternativer som begge kan medføre at konkurranseklausulen bortfaller. Det avgjørende for om det er første eller andre alternativ som kommer til anvendelse, er hvem som har avsluttet arbeidsforholdet. Hvilket alternativ som kommer anvendelse er igjen avgjørende for hvem av partene som må ha hatt rimelig grunn til å avslutte arbeidsforholdet. Normalt vil det fremgå av oppsigelsen eller avskjeden, men det kan oppstå tvil. Partene kan for eksempel ha inngått en avtale som sier at arbeidstakeren selv har sagt opp fordi det vil fremstå gunstigere overfor eventuelt nye arbeidsgivere, selv om det i realiteten er arbeidsgiveren som har avsluttet arbeidsforholdet. De faktiske forholdene ved oppsigelsen må klarlegges for å avgjøre hvem som har avsluttet arbeidsforholdet, og det er de reelle forhold som må legges til grunn i vurderingen av hvilket av alternativene som kommer til anvendelse.³⁷²

11.5 "Innehaveren sier ham opp, uten at han har gitt rimelig grund til det"

Første alternativ i tredje ledd regulerer situasjonen der "innehaveren" sier opp arbeidstakeren.³⁷³ Det avgjørende for om konkurranseklausulen vil bli stående, er om arbeidstakeren har gitt arbeidsgiveren "rimelig grund" til å si ham opp. I dette avsnittet vil det først diskuteres om det skal foretas en rimelighets- eller saklighetsvurdering, og deretter om det er forhold både på arbeidstaker- og arbeidsgiversiden som kan medføre "rimelig grund" eller kun forhold på arbeidstakersiden. Til slutt vil noen momenter i vurderingen av om klausulen skal bortfalle, bli fremhevet.

³⁷² Se Wendelboe/Schwarz s. 67-68, med henvisning til rettspraksis. Se også lagmannsrettens drøftelse av oppsigelsen i den såkalte "Medpro-saken", LB-2006-44613 (Rt. 2006 s. 1025), der lagmannsretten kom frem til at arbeidstakerne i realiteten ville blitt sagt opp hvis de ikke hadde sagt opp selv, og anvendte første alternativ i tredje ledd i motsetning til byfogdembetet som la til grunn at arbeidstakerne selv hadde avsluttet arbeidsforholdet. Se også avsnitt 11.9 om denne problemstillingen i forbindelse med reservasjonsretten.

³⁷³ Se avsnitt 10.2 om innehaverbegrepet.

11.5.1 Rimelighets- eller saklighetsvurderingen

I teorien har det vært diskutert om bestemmelsen gir anvisning på en rimelighetsvurdering eller en saklighetsvurdering. Diskusjonen har oppstått på grunn av begrepsbruken i arbeidsmiljøloven som henviser til at oppsigelsen må være saklig begrunnet.³⁷⁴ Kravet til saklig grunn for oppsigelse kom inn med arbeidervernloven av 1936, det vil si 18 år etter at avtaleloven § 38 ble vedtatt.³⁷⁵ Det forhold at det fortsatt gjelder en rimelighetsvurdering etter § 38, og ingen saklighetsvurdering, er lagt til grunn av Fanebust.³⁷⁶ Andre forfattere har ikke vært like klare på å skille mellom de to vurderingene, ofte henvises det til saklighetskriteriet i arbeidsmiljøloven som et utgangspunkt for vurderingen.³⁷⁷

Rimelighetsvurderingen gir henvisning på en rettslig standard, som vil endre seg i takt med samfunnsutviklingen. I forarbeidene er det påpekt at det hvis det foreligger en form for pliktforsømmelse vil konkurranseklausulen bli stående. I dag er konsekvensene av pliktforsømmelse for arbeidstakerne regulert av saklighetskriteriet i arbeidsmiljøloven § 15-7.³⁷⁸ Saklighetskriteriet bør derfor anses å gi uttrykk for hva som anses som rimelig. Bugge Fougner og Lenth konkluderer ut fra dette og at § 38 er en vernebestemmelse med at ”etter vår oppfatning [taler] de beste grunner for at ’rimelig grund’ må forstås slik at” saklighetskriteriet må være oppfylt for at konkurranseklausulen skal kunne stå seg.³⁷⁹ Det kan jeg for de fleste tilfeller si meg enig i. Det vil ofte være vanskelig å argumentere med at en oppsigelse som er usaklig, er rimelig i forhold til § 38 (3).³⁸⁰ Det er dermed ikke

³⁷⁴ Jf. arbeidsmiljøloven § 15-7.

³⁷⁵ Se arbeidervernloven (1936) § 33 og Evju (2007) s. 143-145.

³⁷⁶ Se Fanebust s. 145.

³⁷⁷ Se for eksempel Fougner (1999) s. 233 og Bergeius Andersen (2005) s. 48.

³⁷⁸ Og av reglene om avskjed i § 15-14.

³⁷⁹ Se Bugge Fougner/Lenth s. 268- 269.

³⁸⁰ Hos Kvalsnes note 28 er det fremhevet et mulig unntak fra at saklighetskravet må være oppfylt i tilknytning til øverste leder i en virksomhet som har frafalt sitt oppsigelsesvern, men det fortsatt er rimelig at han skal gå. Det kan også være et unntak for eventuelle tilfeller der arbeidstakeren er ansvarlig for andre forhold enn pliktforsømmelse, se Utkastet s. 95 og avsnitt 11.5.3.

nødvendig å kategorisere vurderingen som en saklighets- eller rimelighetsvurdering, siden saklighet er en del rimelighetsvurderingen.

Det kan også spørres om en saklig oppsigelse etter arbeidsmiljøloven § 15-7 (1) ikke alltid vil oppfylle kravet rimelig grunn til å si opp etter § 38 (3). Etter min mening vil de fleste saklige oppsigelser også oppfylle kravet til rimelig grunn.³⁸¹ Spesielt med tanke på at det fremgår av forarbeidene at arbeidsgiveren kan ha rimelig grunn til oppsigelse også hvis årsaken til oppsigelsen er andre forhold enn pliktforsømmelse som arbeidstakeren er nærmest til å bære følgene av.³⁸² Men det kan trolig tenkes unntak.³⁸³

11.5.2 Forhold av betydning for rimelighetsvurderingen

Neste problemstilling er så hvilke forhold som kan være av betydning ved vurderingen av om arbeidstakeren har gitt arbeidsgiveren ”rimelig grund” til å si ham opp. I rettspraksis fra midten av 1990-tallet er det lagt til grunn at om kravet til rimelig grunn var oppfylt, skulle avgjøres etter en helhetsvurdering. I vurderingen var ikke bare forhold på arbeidstakerens side av betydning, også hensynet til arbeidsgiveren kunne medføre at konkurranseklausulen ble stående.³⁸⁴ Juridisk teori kritiserte domstolenes tolking av tredje ledd, fordi den stred mot ordlyden, ”siger ham op, uten at **han** har git rimelig grund til det”, og forarbeidene.³⁸⁵

Høyesterett tok stilling til hvilke forhold som er av betydning ved vurderingen i Rt. 2006 s. 1025.³⁸⁶ Det ble av kjæremotparten argumentert med at reelle hensyn talte for at

³⁸¹ Se Kvalsnes note 28.

³⁸² Se Utkastet s. 95 og avsnitt 11.5.3.

³⁸³ Se Svenning Andersen s. 799. Et mulig unntak som der er nevnt er samarbeidsproblemer som kan tilbakeføres til både arbeidstaker og arbeidsgiver, som innebærer rimelig grunn for oppsigelse. Årsaken eller en vesentlig del av årsaken til samarbeidsproblemene bør kunne tilbakeføres til funksjonæren hvis konkurranseklausulen ikke skal bortfalle.

³⁸⁴ Se RG 1996 s. 383 (Hålogaland) og RG 1994 s. 587 (Agder).

³⁸⁵ Se Borch/Fougner s. 91 og Kvalsnes note 28 som henviser til tidligere teori.

³⁸⁶ Problemstillingen er fremhevet i avsnitt 31.

helhetsvurderingen skulle opprettholdes og at hensynet til arbeidsgiver måtte være av betydning, siden arbeidsgiver hadde et legitimt behov for vern. Det ble også påpekt at forholdene på arbeidsmarkedet hadde endret seg siden vedtakelsen av bestemmelsen, og at § 38 ikke lenger passet i tiden.³⁸⁷

Disse hensynene var ikke tungtveiende nok for Høyesterett. Det avgjørende var ordlyden i bestemmelsen, sammenholdt med forarbeidene.³⁸⁸ Høyesterett konkluderer med at ”bare forhold hos arbeidstakeren er av betydning ved vurderingen av om det var rimelig grunn til oppsigelsen. Bestemmelsen gir ikke rom for en helhetsvurdering hvor også forhold hos arbeidsgiveren kan tillegges vekt”.³⁸⁹

Konklusjonen må etter dette bli at det kun er forhold på arbeidstakers side som kan føre til at konkurranseklausulen ikke bortfaller hvis arbeidsgiveren avslutter arbeidsforholdet. Det vil igjen si at bedriftsøkonomiske hensyn og lignende som kan være grunnlag for saklig oppsigelse etter arbeidsmiljøloven § 15-7 (2) og (3), vil medføre at konkurranseklausulen faller bort etter tredje ledd.³⁹⁰

11.5.3 Forhold hos arbeidstaker som kan medføre opprettholdelse av konkurranseklausuler

Når det gjelder forhold på arbeidstakerens side som kan medføre at konkurranseklausulen opprettholdes, kan momenter hentes fra hva som vil være grunnlag for en saklig oppsigelse etter arbeidsmiljølovens regler.³⁹¹ Det finnes også noe rettspraksis knyttet til § 38 (3) som kan gi anvisning på forhold som kan være av betydning.

³⁸⁷ Se avsnitt 21-23.

³⁸⁸ Se avsnitt 32 om ordlyden og avsnitt 34-44 om forarbeidene. Høyesterett gikk ikke i særlig grad inn på tidligere rettspraksis, se avsnitt 45.

³⁸⁹ Se avsnitt 51. Hvis bestemmelsen skulle endres til å samsvare med det arbeidsgiveren ønsket, var dette en lovgiveroppgave, avsnitt 48.

³⁹⁰ Tilsvarende gjelder i Danmark, se Langer s. 163.

³⁹¹ Se for eksempel Jakhelln (2006) s. 431-436.

I vurderingen av om arbeidstakeren har gitt arbeidsgiveren rimelig grunn, vil det være av betydning om arbeidstakeren har misligholdt sine forpliktelser overfor arbeidsgiveren, for eksempel begått underslag, ikke møtt på jobb som avtalt og lignende.³⁹² Hvis arbeidsgiveren derimot provoserer arbeidstakeren til å foreta handlinger vedkommende ellers ikke ville begått, kan ikke dette brukes som grunnlag for at klausulen skal opprettholdes.³⁹³

I forarbeidene er det fremhevet at ikke bare forhold knyttet til en pliktforsømmelse fra arbeidstakerens side kan føre til at en konkurranseklausul likevel blir stående. Konkurransesklausulen bortfaller heller ikke hvis grunnlaget for oppsigelsen kan tilbakeføres til forhold arbeidstakeren er nærmest til å bære følgene av. Eksemplet som er fremhevet er langvarig sykdom.³⁹⁴ I løpet av tiden som har gått etter vedtakelsen av § 38, har holdningen til sykdom som oppsigelsesgrunn endret seg. Det kan tilsi at langvarig sykdom ikke lenger er å anse som ”rimelig grund”. Hvis en legger til grunn at sykdom fortsatt kan være grunnlag for en ”rimelig” oppsigelse i § 38s forstand, bør i det minste arbeidsmiljølovens regler om oppsigelse i forbindelse med sykdom følges.³⁹⁵ Arbeidstaker er vernet de 12 første månedene og kan ikke sies opp grunnet sykdom eller ulykke i denne perioden. Sykefravær er en legitim fraværsgrunn.³⁹⁶ Etter 12 måneder må det vurderes om sykdom som begrunnelse for oppsigelsen oppfyller kravet til saklig grunn etter arbeidsmiljøloven § 15-7. Hvis ikke dette er tilfelle vil en urettmessig oppsigelse grunnet sykdom bli ansett for å være rimelig, og dette fremstår som en lite heldig løsning.

På bakgrunn av den utviklingen som er skjedd når det gjelder vernet for arbeidstakere, skal det trolig mye til før en oppsigelse som skyldes forhold som arbeidstakeren er nærmest til å

³⁹² Se for eksempel LE-1993-1612 der oppsigelsen var rimelig.

³⁹³ I LB-1995-2739 ble arbeidstakeren provosert til å begå underslag.

³⁹⁴ Se Utkastet s. 95.

³⁹⁵ Se § 15-8.

³⁹⁶ Se Jakhelln (2006) s. 356-357.

bære følgene av, men som ikke oppfyller kravene i arbeidsmiljøloven til saklig grunn, blir ansett som rimelig.

11.6 "Han selv fratræder, og indehaveren har git ham rimelig grund til det"

Det andre alternativet regulerer situasjonen der arbeidstakeren selv sier opp sin stilling. Konkurransesklausulen bortfaller hvis grunnlaget for oppsigelsen kan tilbakeføres til arbeidsgiveren, ved at arbeidsgiveren gjennom sine handlinger eller unnlatelser har gitt arbeidstakeren "rimelig grund" til å fratre.

Det følger av bestemmelsens ordlyd at det avgjørende for om arbeidstakeren har rimelig grunn til å fratre, er om arbeidsgiveren har unnlatt "at opfylde sine forpliktelser". Arbeidsgiverens forpliktelser overfor arbeidstakeren kan ikke begrenses til de forpliktelser som følger av den individuelle arbeidsavtalen. Både forpliktelser som er knyttet til arbeidsmiljøet og de ulike avtalene som er inngått mellom partene bør være av betydning for vurderingen.³⁹⁷ Det vil si at brudd på arbeidsmiljølovens regler, for eksempel mobbing eller trakassering, og brudd på så vel den individuelle arbeidsavtalen som tariffavtaler, kan gi arbeidstakeren "rimelig grund".³⁹⁸ Arbeidstakeren trenger ikke å godta at arbeidsgiveren ikke overholder sine forpliktelser.³⁹⁹

Arbeidsmiljøloven oppstiller ikke noe saklighetskrav til arbeidstakerens egen oppsigelse. Det er en rimelighetsvurdering som skal foretas.⁴⁰⁰

³⁹⁷ Se RG 1980 s. 1070 (Hadeland og Land Namsrett) hvor det fremgår at arbeidsgiverens plikter fulgte av arbeidsmiljøloven, og LH-2002-1071 som viser at manglende utbetaling av lønn kan være av betydning, selv om det var et tilbakelagt forhold i den saken. Det ble også påpekt at et vanskelig arbeidsmiljø ikke var årsaken til at arbeidstakeren valgte å si opp.

³⁹⁸ Se Bugge Fougner/Lenth s. 269 og Bergeius Andersen (2005) s. 48.

³⁹⁹ Se Fougner (1999) s. 234 og RG 1980 s. 1070 (Hadeland og Land Namsrett).

⁴⁰⁰ Se Bugge Fougner/Lenth s. 269.

Spørsmålet er hva som ligger i begrepet "rimelig grund". Bestemmelsens ordlyd tilsier at det må kreves en eller annen form for mislighold fra arbeidsgiverens side for at det skal foreligge "rimelig grund". Det samme synspunktet er kommet til uttrykk i forarbeidene.⁴⁰¹ Hvis det foreligger vesentlig mislighold som gir arbeidstakeren grunn til heve arbeidsavtalen, det vil si å fratre med øyeblikkelig virkning, må kravet til "rimelig grund" anses oppfylt. Det er imidlertid vanskeligere å trekke en nedre grense for hva som er å anse som "rimelig grund". Verken forarbeidene eller juridisk teori har, som jeg kan se, drøftet spørsmålet i noen særlig utstrekning.

Av rettspraksis kan det utledes at misligholdet må være av en viss alvorlighetsgrad for at kravet til rimelig grunn skal være oppfylt. Ikke et hvert mislighold fra arbeidsgiveren vil gi arbeidstakeren en rett til å si opp med den følge at konkurranseklausulen bortfaller.⁴⁰² Imidlertid kan det neppe av rettspraksis utledes at det er krav til vesentlig mislighold.⁴⁰³ I dansk teori er det også antatt at det ikke er et krav om "grov" misligholdelse.⁴⁰⁴

Om det foreligger rimelig grunn må, som gjennomgangen av rettspraksis vil vise, avgjøres etter en konkret helhetsvurdering. Tilsvarende er lagt til grunn i norsk og dansk teori.⁴⁰⁵ Helhetsvurderingen er i Danmark blitt formulert som en standard der konkurranseklausulen blir uvirksom hvis arbeidstakeren kan begrunne oppsigelsen i "[f]orringelser af forholdene, der går ud over, hvad der med rimelighed kan forudses og være acceptabelt i menneskligt

⁴⁰¹ Utkastet s. 95.

⁴⁰² Se for eksempel LB-2005-117741(Rt. 2007 s. 817) og gjennomgangen av rettspraksis nedenfor. Se også Kvalsnes note 29.

⁴⁰³ Se LH-2002-1071 der retten uttaler: "Bevisførselen gir ikke grunnlag for å fastslå at det mens arbeidsforholdet besto, forelå mislighold eller vesentlig mislighold fra X, eller at X opptrådte klanderverdig overfor A."

⁴⁰⁴ Se Langer s. 167. I dette alternativet i tredje ledd har den danske bestemmelsen en annen ordlyd enn den norske, og dette kan innebære noen forskjeller i tolkingen av bestemmelsen, men kjernen i vurderingen er trolig den samme, se Hasselbalch s. 844-845.

⁴⁰⁵ Se Kvalsnes note 29 og Langer s. 168-171.

samkvem”.⁴⁰⁶ Det vil si at man må ta den foreliggende situasjon og sammenligne med ”normalsituasjonen”, og vurdere hvor stort avvik det er.

I RG 1996 s. 1241 (Oslo) mente arbeidstakeren seg ubundet av konkurranseklausulen ved at ”arbeidssituasjonen etter hvert ble uholdbar med lange arbeidsdager og reiser og mange uoverensstemmelser”. Byretten fant det ikke bevist at arbeidsgiveren hadde gitt den ansatte rimelig grunn til å si opp, og begrunnet det blant annet med at den ansatte ikke hadde tatt opp de påståtte problemene med ledelsen, og de andre ansatte hadde heller ikke i særlig grad merket at den ansatte var lite tilfreds. Byretten påla arbeidstakeren en form for aktivitetsplikt.⁴⁰⁷ En slik plikt må kunne gjelde for de situasjonene der arbeidsgiveren ikke har noen opplagt mulighet til å vite det foreligger problemer. Arbeidsgiveren bør få en mulighet til å rette eventuelle feil.

Av samme avgjørelse fremgår det også at arbeidsgiveren må ha en viss frihet til å omfordele oppgaver og lignende før situasjonen gir arbeidstakeren ”rimelig grund” til å si opp. Hvor grensen går for hvilke arbeidsoppgaver arbeidsgiveren kan omfordele før det gir arbeidstakeren ”rimelig grund”, er ikke klart. Det avgjørende vil trolig være om omfordelingen er innenfor arbeidsgivers styringsrett, men heller ikke styringsrettens mer nøyaktige grenser er klare.⁴⁰⁸ Det må for hvert tilfelle gjøres en vurdering av om de endringene som er foretatt er akseptable. En omdisponering fra arbeidsgiveren slik at arbeidstakeren mister alle sine arbeidsoppgaver, er et tilfelle som kan innebære en rimelig grunn.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ Se Carlsen s. 409.

⁴⁰⁷ Passivitetsbetraktninger er også et moment etter dansk rett, se Langer s. 167-168 med henvisning til rettspraksis.

⁴⁰⁸ For synspunkter om styringsrettens omfang se for eksempel Fougner (2007) s. 126-136 og Evju (2003) s. 3-26.

⁴⁰⁹ Se Langer s. 170 der han henviser til rettspraksis der han mener at § 38 (2) (tilsvarende § 38 (3) i Norge) ville medført at konkurranseklausulen ville falt bort, hvis det hadde foreligget en konkurranseklausul mellom partene.

Hvis arbeidstakeren ikke får utbetalt lønn over en periode, kan det innebære at arbeidstakeren har rimelig grunn til å si opp, men også her må det foretas en konkret helhetsvurdering. Hvis det for eksempel er tale om små forsinkelser, så er dette mest sannsynlig ikke tilstrekkelig siden arbeidsgiveren burde kunne ordne opp uten alt for stor ulempe for arbeidstakeren. Det samme gjelder hvis problemene knyttet til lønnen er et tilbakelagt stadium og ikke årsaken til oppsigelsen.⁴¹⁰

Et eksempel der konkurranseklausulen bortfalt i medhold av § 38 (3), er RG 1980 s. 1070 (Hadeland og Land namsrett). Arbeidsgiveren hadde alkoholproblemer og var borte fra arbeidsplassen i lengre perioder uten å informere arbeidstakeren. Arbeidstakeren måtte dermed utføre ekstraarbeid uten instruksjon hvordan og hva som skulle gjøres, og det talte for at det forelå rimelig grunn. På den andre side ble det fremhevet av retten at det at arbeidstakeren visste at arbeidsgiveren hadde alkoholproblemer og at vedkommende begynte å arbeide der nettopp for å bistå arbeidsgiveren i den forbindelse, talte mot at det forelå rimelig grunn. Likevel kom retten til at arbeidstakeren ”måtte være i sin fulle rett når han stilte krav om at [arbeidsgiveren] måtte ordne arbeidssituasjonen”. Arbeidsgiverens plikter var blant annet angitt i arbeidsmiljøloven, og denne type rettigheter kunne ikke arbeidstakeren fraskrive seg.

Om det foreligger rimelig grunn må altså avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle, og domstolen må ta stilling til om handlingene eller unnlatsene fra arbeidsgiveres side, isolert eller samlet, innebærer tilstrekkelig mislighold slik at arbeidstakeren har rimelig grunn til å fratre med den følge at konkurranseklausulen bortfaller.⁴¹¹

⁴¹⁰ Se LH-2002-1071.

⁴¹¹ I RG 1983 s. 432 (Grete Roede) fant voldgiftsretten ”at ingen av de saksøktes anførsler om mislighold fra saksøkerens side enkeltvis, og da heller ikke samlet, kan føre frem”. Se også Hagstrøm s. 414 angående at flere kontraktsbrudd kan kumuleres.

11.7 Avskjed og heving

Etter ordlyden regulerer § 38 (3) første alternativ ikke avskjed uttrykkelig, jf. ”siger ham op”.⁴¹² Det er ikke kommentert i forarbeidene hvorfor det kun er oppsigelse, og ikke avskjed, som er nevnt. Avskjed som begrep var kjent i 1918.⁴¹³ Avskjed er en reaksjon ved alvorlige brudd på arbeidsavtalen.⁴¹⁴ Det fremstår som lite sammenhengende hvis en reaksjon mot mer alvorlige brudd ikke skal medføre bortfall, mens mindre alvorlige overtredelser gjør det. Også i rettspraksis har avskjed vært drøftet i tilknytning til § 38.⁴¹⁵ Teorien støtter også synspunktet om at avskjed må likestilles med oppsigelse.⁴¹⁶ Reelle hensyn taler likeledes for at avskjed er omfattet, avskjed er en strengere reaksjon og bør i det minste ha samme virkning som oppsigelse. Konklusjonen må bli at i de tilfellene arbeidsgiveren har grunnlag for å avskjedige arbeidstakeren, vil konkurranseklausulen stå seg i henhold til § 38 (3).

Spørsmålet er hva som skjer hvis arbeidsgiveren eller arbeidstakeren velger en reaksjon det ikke er rettslig grunnlag for, det vil si avskjediger eller hever arbeidsavtalen uten grunnlag. Hvis arbeidsgiveren urettmessig avskjediger arbeidstakeren, og det heller ikke er grunnlag for oppsigelse, vil konkurranseklausulen bortfalle ved at det ikke foreligger ”rimelig grund”.⁴¹⁷ Hvis arbeidstakeren hever arbeidsavtalen uten grunnlag og det heller ikke foreligger ”rimelig grund” for si opp, vil konkurranseklausulen bli stående.

⁴¹² ”Fratræder” i andre alternativ omfatter trolig, ut fra en språklig forståelse både oppsigelse og heving fra arbeidstakeren sin side. Under enhver omstendighet gjør de samme argumentene seg gjeldene som i forhold til avskjed.

⁴¹³ Avskjed er nevnt i Fabrikktilsynsloven (1909), se § 33 jf. § 50 nr. 9, og senere i Arbeidervernloven (1936) § 33 pkt. 5.

⁴¹⁴ Avskjed fra arbeidsgiveren er regulert i arbeidsmiljøloven § 15-14.

⁴¹⁵ Se LB-1995-2739 der en person ble avskjediget/oppsagt urettmessig, og lagmannsretten konkluderte med at personen da var ubundet av konkurranseklausulen i medhold av § 38 (3).

⁴¹⁶ Se for eksempel Fougner (1999) s. 233 og Langer s. 161-162.

⁴¹⁷ Se LB-1995-2739.

Hvis det derimot er grunnlag for oppsigelse, blir spørsmålet om hevingen eller avskjeden i stedet kan vurderes som en oppsigelse, med de virkningene det vil få for konkurranseklausulen. Er ”oppsigelsen” av arbeidstakeren rimelig, tilsier bestemmelsens ordlyd at konkurranseklausulen skal være bindende, siden kravet om ”rimelig grund” er oppfylt. Reelle hensyn taler likeledes for at klausulen fortsatt bør gjelde. Arbeidstakeren er nærmest til å bære følgene av de omstendighetene som er grunnlaget for oppsigelsen.⁴¹⁸ Det er misligholdet som bør være avgjørende, ikke det forhold at feil reaksjon ble valgt. Det samme er lagt til grunn i teorien.⁴¹⁹ Fougner påpeker også at arbeidstakeren er beskyttet ved valg av feil reaksjon fra arbeidsgiveren gjennom erstatningsreglene i arbeidsmiljøloven.⁴²⁰ Valg av feil reaksjonsmetode er således i seg selv ikke et avgjørende hensyn mot at § 38 (3) ikke kommer til anvendelse.⁴²¹ Samme konklusjon er også lagt til grunn i deler av dansk teori.⁴²²

Hvis arbeidstakeren hever arbeidsavtalen uberettiget, men har ”rimelig grund” til å si opp, taler ordlyden og reelle hensyn for at konkurranseklausulen skal bortfalle. Arbeidsgiveren kan lastes for sine handlinger som har medført at arbeidstakeren avsluttet arbeidsforholdet, og arbeidsgiveren bør ikke kunne komme i en gunstigere situasjon når det gjelder konkurranseklausulen kun fordi arbeidstakeren valgte ”feil” reaksjonsmetode.⁴²³

Det vil si at det avgjørende i begge situasjoner er om det foreligger ”rimelig grund”. Hvis så er tilfelle, vil de alminnelige virkningene etter tredje ledd komme til anvendelse, selv om feil reaksjonsmåte ble valgt i første omgang.

⁴¹⁸ Se Utkastet s. 95.

⁴¹⁹ Se Fougner (1999) s. 234 og Bergeius Andersen (2005) s. 48.

⁴²⁰ Se arbeidsmiljøloven § 15-14 (4).

⁴²¹ Se Fougner (1999) s. 234.

⁴²² Se Langer s. 162 med henvisning til annen teori.

⁴²³ Se tilsvarende i dansk rett Langer s. 166.

11.8 Etterfølgende forhold i oppsigelsestiden

Hvilken betydning har så etterfølgende forhold i oppsigelsestiden for vurderingen av om en konkurranseklausul bortfaller eller blir stående etter § 38 (3)?⁴²⁴ Etterfølgende forhold kan deles inn i to: For det første kan en part ønske å påberope seg forhold som har skjedd etter oppsigelsen som moment for at oppsigelsen oppfyller kravet til rimelig grunn. For det andre kan etterfølgende forhold påberopes som et selvstendig oppsigelsesgrunnlag, uavhengig av det første, slik at dette i seg vil medføre at parten ville ha rimelig grunn til å avslutte arbeidsforholdet.

Når det gjelder den første gruppen, taler bestemmelsens ordlyd, mot at etterfølgende forhold kan være av betydning for vurderingen av ”rimelig grund”. Det er oppsigelsestidspunktet som er skjæringstidspunktet for hvilke forhold som er med i vurderingen av om rimelig grunn foreligger, slik at lovens krav må være oppfylt på dette tidspunktet. Det samme utgangspunktet oppstilles i forhold til ”saklig grunn-vurderingen” etter arbeidsmiljøloven § 15-7. Det må foreligge saklig grunn på oppsigelsestidspunktet, og det er begrenset hvilke etterfølgende forhold som kan påvirke vurderingen.⁴²⁵ En tilsvarende grense som den som er oppstilt i stillingsvernretten, bør gjelde for konkurranseklausuler.⁴²⁶

Hvis de etterfølgende forholdene er av en slik art at de på eget grunnlag kunne medført oppsigelse eller avskjed, blir spørsmålet om de etterfølgende forholdene vil kunne være et eget og selvstendig grunnlag etter § 38 (3). Problemstillingen kan oppstå både hvis

⁴²⁴ Ved avskjed/heving er det ikke rom for etterfølgende omstendigheter, siden arbeidsforholdet avsluttes umiddelbart.

⁴²⁵ Se Johnsen/Gimmingsrud note 4, der det sies at etterfølgende forhold som er av samme art som grunnlaget for oppsigelsen kan normalt påberopes, i forhold til kvalitativt forskjellige omstendigheter er situasjonen mer usikker. Se også Bugge Fougner/Lenth s. 271. For tilsvarende i Danmark se Svenning Andersen s. 801.

⁴²⁶ Se for eksempel RG 1980 s. 84 (Frostating).

konkurransesklausulen opprinnelig ville bortfalt, og der den fortsatt ville være bindende etter den første oppsigelsen.⁴²⁷

Ved vurderingen av hvilken betydning etterfølgende forhold i oppsigelsestiden vil få, vil det kunne være av betydning når konkurransesklausulen bortfaller i medhold av tredje ledd. Tredje ledd regulerer kun konkurransesklausulens virkning etter at arbeidsforholdet er avsluttet. Forpliktelsen overfor arbeidsgiveren fortsetter å gjelde så lenge arbeidsforholdet består, det vil si ut oppsigelsestiden. Selv om forholdene som skal innebære "rimelig grunn" er skjedd før oppsigelsestidspunktet, er det naturlig å legge til grunn opphørstidspunktet som bortfallstidspunktet.

Hvis konkurransesklausulen opprinnelig bortfaller fordi arbeidsgiveren har gitt arbeidstakeren rimelig grunn til å fratre, er det etter min mening ikke grunnlag for å legge til grunn at arbeidstakerens oppførsel i oppsigelsestiden skal endre dette utgangspunktet. Følgene av eget mislighold bør arbeidsgiveren selv bære, selv om arbeidstakeren i løpet av oppsigelsestiden foretar handlinger som ville medført at konkurransesklausulen ville stått seg hvis de hadde blitt foretatt før oppsigelsen.⁴²⁸ Konkurransesklausulen er gitt for å beskytte arbeidsgiveren, og etter min mening foreligger det ikke tilstrekkelig tungtveiende hensyn som tilsier at arbeidstakerens oppførsel skal endre det opprinnelige bortfallet når dette skyldes arbeidsgiverens mislighold. Hensynene bak bestemmelsen gjør seg fortsatt gjeldene når det gjelder den opprinnelige fratredelsen.⁴²⁹

Hvis situasjonen er den at bortfallet kan tilbakeføres til at arbeidsgiveren ikke hadde rimelig grunn ved oppsigelsestidspunktet, er ikke situasjonen like klar. I stillingsvernteorien har det blitt argumentert med at man kan ta hensyn til forhold som i seg

⁴²⁷ Problemstillingen har blitt diskutert i dansk rett. Der er det blitt konkludert med at bortfalte konkurransesklausuler ikke kan gjenoppstå, men at fortsatt gjeldende klausuler kan bortfalle. Se Langer s. 159-160 og s. 166-167 og Wendelboe/Schwarz s. 83.

⁴²⁸ Se Svenning Andersen s. 800.

⁴²⁹ Se avsnitt 5.4.

selv kunne medført en saklig oppsigelse hvis arbeidsgiveren kan bevise at vurderingen av de etterfølgende forholdene som oppsigelsesgrunn er forsvarlig. De nye forholdene bør da kunne tas med i en allerede pågående rettssak som supplerende eller alternativ oppsigelsesgrunn.⁴³⁰ Når det gjelder betydningen av etterfølgende forhold ved vurderingen etter § 38 (3), må det kunne argumenteres tilsvarende. Misligholder arbeidstakeren sine forpliktelser, bør vedkommende bære konsekvensene av det. Følgen kan bli at konkurranseklausulen ikke bortfaller ved opphørstidspunktet. Men det er ingen klar løsning på denne problemstillingen, og flere forhold kan være av betydning. Det bør vurderes hvorfor arbeidsgiveren opprinnelig ikke hadde rimelig grunn, og om arbeidsgiverens manglende grunn kan være en medvirkende årsak til arbeidstakerens etterfølgende mislighold, for eksempel at arbeidstakeren urettmessig har blitt anklaget for pliktforsømmelse. Videre kan det være av betydning om arbeidstakerens mislighold er av en slik art at det gir arbeidsgiveren en rett til å avskjedige eller kun si opp arbeidstakeren.⁴³¹

Misligholder arbeidsgiveren sine forpliktelser overfor arbeidstakeren i oppsigelsestiden, må arbeidsgiveren etter min mening bære følgene av misligholdet også for det tilfelle konkurranseklausulen ville stått seg etter den opprinnelige oppsigelsen. Det bør i hvert fall gjelde hvis arbeidstakeren kan heve arbeidsforholdet. Det vil da bli et nytt opphørstidspunkt, og hensynene bak bestemmelsen gjør seg gjeldende. Hvis det er en ”ny” oppsigelsessituasjon, fremstår ikke løsningen som like klar. Arbeidsforholdet forkortes ikke, og arbeidstakerens stilling forverres ikke i noen særlig grad. Dette kan tilsi at konkurranseklausulen kan bli stående. Avgjørende bør etter min mening likevel være at konkurranseklausulen er gitt for å verne arbeidsgiveren, og hvis arbeidsgiveren i oppsigelsestiden misligholder sine forpliktelser, bør det få den følge at konkurranseklausulen bortfaller.

⁴³⁰ Se Johnsen/Gimmingsrud note 4.

⁴³¹ Se l.c., ”[a]rbeidstaker som gjør seg skyldig i grovt pliktbrudd i oppsigelsestiden, kan gis avskjed på vanlig måte”.

11.9 Virksomhetsoverdragelse og reservasjonsretten

Et særlig spørsmål er hvilken part som skal anses å ha gitt oppsigelse hvis arbeidstakeren benytter seg av reservasjonsretten i forbindelse med en virksomhetsoverdragelse.⁴³² Hvis valgt benyttes sammen med reservasjonsretten, vil arbeidstakeren fortsatt være ansatt hos sin tidligere arbeidsgiver, og en eventuell oppsigelse fra arbeidsgiveren i den forbindelse må drøftes etter første alternativ i tredje ledd.⁴³³ Hvis det derimot kun er tale om reservasjonsrett fordi arbeidstakeren ikke har en valgt eller ikke benytter seg av den, er ikke situasjonen like klar. Hvis overdragelsen vil innebære en "vesentlig endring" til skade for arbeidstakeren, må oppsigelsen regnes som arbeidsgiverens selv om det er arbeidstakeren som går til det skritt å avslutte arbeidsforholdet, jf. arbeidsmiljøloven § 16-4 (2).⁴³⁴ Konkurransesklausulen vil da bortfalle i medhold av første alternativ i tredje ledd.⁴³⁵ Det er da virksomhetsoverdragelsen og ikke arbeidstakeren som er grunnen til oppsigelsen.⁴³⁶

Dersom overdragelsen ikke medfører en "vesentlig endring", er ikke situasjonen likeopplagt. Til stillingsvernsreglene i arbeidsmiljøloven har Evju konkludert med at "oppsigelsen" i denne situasjonen må regnes som arbeidstakerens.⁴³⁷ Imidlertid er det ikke sikkert at tilsvarende skal gjelde etter avtaleloven. Det som må drøftes, er om det foreligger særlige forhold i tilknytning til avtaleloven § 38 (3) som tilsier en annen løsning enn for stillingsvernsreglene. Det forhold at arbeidstakeren har mulighet til å fortsette arbeidsforholdet hos den nye arbeidsgiveren, og arbeidsgiveren ikke har tatt noen skritt for å avslutte arbeidsforholdet, taler for at det er en oppsigelse fra arbeidstakerens side.⁴³⁸ På den

⁴³² Se arbeidsmiljøloven § 16-3.

⁴³³ Se Evju (2006) s. 229.

⁴³⁴ I.c.

⁴³⁵ Se også Klingsten s. 264.

⁴³⁶ Konkurransesklausulen ville også falt bort etter andre alternativ ved at det må innebære at arbeidsgiveren har gitt arbeidstakeren rimelig grunn til å fratre ved at arbeidsforholdene endrer seg vesentlig.

⁴³⁷ Evju (2006) s. 230.

⁴³⁸ Ibid. s. 229-230.

andre siden har arbeidsgiveren satt arbeidstakeren i situasjonen som medfører at arbeidstakeren velger å benytte seg av reservasjonsretten, med de endringene dette fører til for arbeidstakerens situasjon. Det kan kanskje trekkes noen linjer til situasjonen som forelå i LB-2006-44613. Lagmannsretten la til grunn at det reelt forelå en oppsigelse fra arbeidsgiver selv om det var arbeidstakerne som sa opp. De nye stillingene arbeidstakerne var tilbudt, lå utenfor det de måtte akseptere, og lagmannsretten la til grunn at de ville blitt ”tvunget” til å forlate stillingene sine. Lagmannsretten vektla hva den reelle situasjonen var eller ville bli som følge av dette.⁴³⁹ Denne situasjonen ligner den som er regulert i arbeidsmiljøloven § 16-4 (2). Det ble fra lagmannsretten påpekt at arbeidstakerne var blitt gjort oppmerksom på at virksomheten ville endres vesentlig, og det var arbeidstakerne ikke pliktig til å godta.

Det som etter min mening bør være avgjørende for om det regnes som en oppsigelse fra arbeidstaker eller arbeidsgiver, er hvilke endringer overdragelsen vil innebære for arbeidstakeren. Hvis det er tale om mindre endringer som en må regne med og arbeidet hovedsakelig er som før, bør det anses som en oppsigelse fra arbeidstakeren. Hvis det derimot nærmer seg grensen for vesentlig endring, eller det reelt innebærer en ”endringsoppsigelse” for eksempel ved at arbeidstakeren må flytte, eller det har likhetstrekk med nedbemanning eller omstillingssituasjoner som arbeidsgiveren er ansvarlig for, bør oppsigelsen bli ansett som gitt av arbeidsgiveren.

Regnes oppsigelsen som arbeidstakerens, kan det stilles spørsmål ved om arbeidsgiveren har gitt arbeidstakeren rimelig grunn til å fratre på grunn av virksomhetsoverdragelsen. Virksomhetsoverdragelsen som sådan er ikke i seg selv grunnlag for å fratre.⁴⁴⁰ Så lenge endringer som foretas, er innenfor styringsretten, har arbeidsgiveren etter min mening ikke brutt sine forpliktelser overfor arbeidstakeren.⁴⁴¹ Arbeidstakeren hadde en mulighet til å

⁴³⁹ Dette var ikke et tvistespørsmål for Høyesterett i Rt. 2006 s.1025, se Evju (2006) s. 228.

⁴⁴⁰ Se avsnitt 8.2.1.1.

⁴⁴¹ Forutsetningen er jo at salget ikke innebærer vesentlige endringer for arbeidstakeren.

fortsette sin ansettelse og er da ikke blitt satt på bar bakke av arbeidsgiveren.⁴⁴² Hvis arbeidstakeren velger å avslutte arbeidsforholdet, må vedkommende selv bære konsekvensene av sitt valg.

11.10 Konkurs

Hvis virksomheten går konkurs, kan man spørre om konkursen i seg selv gir arbeidstakeren ”rimelig grund” til å si opp og dermed være fri fra konkurranseklausulen. Et annet spørsmål er hva som skjer med konkurranseklausulen hvis konkursboet sier opp arbeidstakeren.

Utgangspunktet i konkurs er at konkurranseklausulen blir stående hvis konkursboet velger å tre inn i avtalen.⁴⁴³ Det kan ikke slutes automatisk at arbeidsgiveren har gitt arbeidstakeren rimelig grunn til å si opp alene av den grunn at det foreligger en konkurs. De økonomiske problemene som har medført at foretaket har gått konkurs, kan ha gitt ulike utslag. Arbeidsgiveren har ikke alltid har brutt sine forpliktelser overfor arbeidstakerne, selv om dette er blitt gjort overfor kreditorene. Hvis for eksempel lønn ikke er blitt utbetalt eller andre forpliktelser overfor arbeidstakeren er blitt brutt, kan det foreligge ”rimelig grund”, og konkurranseklausulen vil kunne bortfalle. Hvert tilfelle må vurderes konkret, i samsvar med det som er påpekt ovenfor under avsnitt 11.6.

Det forhold at boet velger å tre inn arbeidsavtalen, kan heller ikke i seg selv innebære at det foreligger en ”rimelig grund” til oppsigelse fra arbeidstakeren sin side. Boet har rett til å tre inn i arbeidsavtalen og gjør det på avtalens vilkår, med lønnskravet som en massefordring.⁴⁴⁴ Det vil si at arbeidsforholdet i utgangspunktet fortsetter på samme vilkår som før. Det foreligger da ingen ”rimelig grund”.

⁴⁴² Jf. hensynene bak bestemmelsen, Utkastet s. 95.

⁴⁴³ Se avsnitt 9.2.2.5.

⁴⁴⁴ Jf. dekningsloven § 7-11.

Når det gjelder første alternativ i tredje ledd, må oppsigelse fra konkursboet likestilles med oppsigelse fra arbeidsgiveren. Boet har trådt inn som arbeidsgiver. Det må foretas en vurdering av om arbeidstakeren har gitt boet "rimelig grund" til å si han opp. Er begrunnelsen for oppsigelsen foretakets økonomiske problemer og behov for nedbemanning, så vil konkurranseklausulen falle bort.⁴⁴⁵ Konkurranseklausulen må også bortfalle hvis konkursboet ikke ønsker å tre inn i arbeidsavtalen.⁴⁴⁶ Boet kan ikke velge å kun tre inn i konkurranseklausulen, det må anses som en "oppsigelse" av arbeidsforholdet og dermed også konkurranseklausulen. Et unntak fra dette kan være hvis arbeidstakeren har gitt arbeidsgiveren rimelig grunn til å si vedkommende opp. Dette misligholdet bør også konkursboet kunne påberope seg overfor arbeidstakeren. Med unntak for den siste situasjonen vil arbeidstakeren i disse tilfellene være fri til å konkurrere. Dette er forhold konkursboet må ta med i vurderingen når bostyrer vurderer om boet skal tre inn i arbeidsavtalen.

Velger konkursboet å selge hele eller deler av virksomheten, er ikke virksomhetsoverdragelsen omfattet av arbeidsmiljøloven § 16-2 og § 16-4.⁴⁴⁷ Den nye arbeidsgiveren vil kunne tilby nye arbeidsavtaler og konkurranseklausuler med de arbeidstakerne han ønsker.⁴⁴⁸ Arbeidstakeren har imidlertid ingen plikt til å godta den nye arbeidsavtalen. Hvis arbeidstakeren ikke blir tilbudt noen ny stilling, er vedkommende ikke lenger bundet av konkurranseklausulen. Spørsmålet er om arbeidstakeren, hvis vedkommende blir tilbudt en ny stilling og velger å takke nei til den nye arbeidsavtalen, er bundet av den tidligere konkurranseklausulen. Innbærer den nye arbeidsavtalen en dårligere avtale for arbeidstakeren, må vedkommende anses fristilt fra konkurranseklausulen i samsvar med § 38 (3). Arbeidstakeren kan ikke være forpliktet til godta en dårligere arbeidsavtale på grunn av de følgene en tidligere inngått konkurranseklausul vil få. Hvis

⁴⁴⁵ Jf. avsnitt 11.5.2 og Rt. 2006 s. 1025.

⁴⁴⁶ Konkursboet kan velge å ikke tre inn, jf. dekningsloven § 7-11 (2), arbeidstakeren sies da opp etter alminnelige regler.

⁴⁴⁷ Jf. § 16-1 (2).

⁴⁴⁸ Se Borgerud note 607.

arbeidstakeren tilbys en identisk eller bedre avtale, tilsier ikke hensynene som begrunner tredje ledd at konkurranseklausulen skal anses bortfalt. Arbeidstakeren blir ikke stilt på bar bakke eller kommer i en dårligere stilling enn før. Begrunnelsen for unntaket fra reglene om virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljøloven tilsier at den nye arbeidsavtalen ikke bør være et avgjørende forhold for om arbeidstakeren blir fristilt.⁴⁴⁹ Det vil styrke konkursboets muligheter til å realisere verdiene i boet hvis kjøper vet at man ved å tilby tilsvarende arbeidsavtale kan en sikre at verdifulle medarbeidere ikke kan konkurrere hvis de takker nei til en ny avtale. Den enkelte arbeidstaker blir ikke satt i en dårligere stilling enn ved en ”vanlig” virksomhetsoverdragelse. Det vil si at det er kun det forhold at arbeidsforholdet ikke videreføres automatisk og at arbeidsgiveren må tilby arbeidstakeren en ny kontrakt, som tilsier at arbeidstakeren skal bli fristilt. Etter min mening bør trolig ikke dette forholdet alene medføre at konkurranseklausulen bortfaller i denne situasjonen.. Dette er imidlertid ikke et avklart spørsmål.

11.11 Bevisbyrde

Det må også fastslås om det er arbeidsgiver eller arbeidstaker som har bevisbyrden for at ”rimelig grund” foreligger. Det fremgår ikke av ordlyden hvem av partene som har bevisbyrden, men det følger av alminnelige bevisbyrderegler at det som utgangspunkt er det rettsendrende alternativ som må bevises med sannsynlighetsovervekt.⁴⁵⁰ Det vil si at den som ønsker at en i utgangspunktet bindende avtale ikke skal gjøres gjeldende, må kunne bevise at vilkårene er oppfylt, i dette tilfellet at det foreligger en ”rimelig grund”.

Når det gjelder situasjonen der arbeidstakeren selv sier opp, kan dette utgangspunktet legges til grunn. Arbeidstakeren må bevise at arbeidsgiveren ved å unnlate å oppfylle sine forpliktelser har gitt han en rimelig grunn til å fratre.⁴⁵¹

⁴⁴⁹ Se Ot.prp. nr. 79 (2000-2001) s. 12-17 og Jakhelln (2006) s. 516.

⁴⁵⁰ Se Skoghøy (2003) s. 676- 677.

⁴⁵¹ Se også Langer s. 166 og for eksempel RG 1996 s. 1241 (Oslo) og RG 1980 s. 84 (Frostating).

Ved oppsigelse fra arbeidsgiverens side skulle det ut fra utgangspunktet også vært arbeidstakeren som hadde bevisbyrden. Men ut fra bevissikringshensyn er det naturlig at arbeidsgiveren har bevisbyrden her.⁴⁵² Det er arbeidsgiveren som sier opp og har ”kontroll” over situasjonen. Det samsvarer også best med bevisbyrdereglene ved oppsigelse etter arbeidsmiljølovens regler.⁴⁵³ Arbeidsgiveren har oppfordringen og muligheten til å sikre bevisene som begrunner oppsigelsen også i forhold til konkurranseklausulen. Arbeidsgiveren må således bevise at rimelig grunn til å si opp arbeidstakeren foreligger.⁴⁵⁴

⁴⁵² Se Skoghøy (2003) s. 688-689.

⁴⁵³ Arbeidsmiljøloven § 15-7 og § 15-4 (3) om begrunnelsesplikt. Se Fougner (1999) s. 297-298 og Johnsen/Gimmingsrud note 4.

⁴⁵⁴ Se Langer s. 161. Se også Bugge Fougner/Lenth s. 271 som uttaler at arbeidsgiveren ”må dokumentere at beslutningen er rimelig begrunnet arbeidstakerens forhold”.

12 Virkninger av at konkurranseklausuler er i strid med § 38

Hvis domstolen kommer til at den avtalte konkurranseklausulen er i strid med § 38, vil det neste spørsmålet være hvilke virkninger dette vil få for den avtalte klausul. Virkningene varierer med hvilket av de tre leddene som kommer til anvendelse. I dette kapitlet vil de ulike virkningene bli gjennomgått, og til slutt vil spørsmål knyttet til eventuelt avtalt vederlag bli behandlet.

12.1 Virkningene etter første ledd

Det fremgår av lovteksten i første ledd at klausulen er ugyldig i den grad den urimelig innskrenker adgangen til erverv eller går lengre enn påkrevet.⁴⁵⁵ Det vil si at klausulen helt eller delvis kan bli satt til side.⁴⁵⁶ Tilsvarende er lagt til grunn i forarbeidene: "[D]et kan være forbindende for en del og uforbindende for resten ..."⁴⁵⁷ At hele klausulen ikke automatisk bortfaller, er det også konkludert med i teorien.⁴⁵⁸

Tilsvarende fremgår i tillegg direkte av ordlyden for andre alternativ i første ledd, ved at klausulen ikke skal strekke seg lengre enn påkrevet. Av forarbeidene følger det at klausulen skal settes til side i den utstrekningen den går lengre enn det som er nødvendig for å verne rettighetshaveren.⁴⁵⁹

Dette vil si at det må foretas en vurdering av hver enkelt klausul, altså om hele eller deler av klausulen er i strid med bestemmelsen. Hvis kun deler av klausulen skal være ugyldig

⁴⁵⁵ Jf. "forsaavidt".

⁴⁵⁶ Hvis klausulen er gyldig vil den bli opprettholdt i sin helhet, se Bergeius Andersen (2005) s. 46.

⁴⁵⁷ Se s. 90.

⁴⁵⁸ Se Fougner (1999) s. 227 og Bergeius Andresen (2005) s. 46.

⁴⁵⁹ Se Utkastet s. 91, det er "selvfølgelig ingen grund til at opretholde det i hele sin utstrækning".

og bli satt til side, er det en forutsetning at den ugyldige del kan skilles ut fra de gyldige delene.⁴⁶⁰ Hvis for eksempel retten kommer frem til at tidsperioden er for lang, kan denne delen skilles ut fra resten av klausulen og perioden nedsettes fra for eksempel evigvarende til fem år.⁴⁶¹ Innebærer klausulen derimot et yrkesforbud, kan det vanskelig tenkes at man kan skille ut forpliktelsen og la eventuelt vederlagskrav bli stående. Hvis den grunnleggende forutsetningen i klausulen er ugyldig, vil det som regel føre til at hele klausulen må bli satt til side.⁴⁶² Et eksempel på at hele klausulen ble ansett ugyldig, er RG 1996 s. 1566 (Borgarting), eiendomsmegleravgjørelsen. Lagmannsretten kom til at arbeidsgiveren ikke hadde behov for vern, og klausulen var dermed ikke forpliktende.

12.2 Virkningene etter andre ledd

Andre ledd fører til to ulike virkninger avhengig av om det er første eller andre punktum som kommer til anvendelse.

Gjelder konkurranseklausulen en arbeidstaker som er å regne som underordnet og vilkårene i andre punktum ikke er oppfylt, er klausulen ”ikke bindende for den underordnede”.⁴⁶³ Det vil si at klausulen i sin helhet faller bort. Arbeidstakeren kan konkurrere med sin tidligere arbeidsgiver, uten hensyn til de begrensninger den nå bortfalte klausulen oppstilte.

Hvis unntaket i andre punktum kommer til anvendelse, er virkningen regulert av unntaket fra unntaket i andre punktum. Det skal foretas en tilsvarende vurdering som etter første ledd, ved at det også i andre ledd andre punktum henvises til at klausulen ikke er bindende

⁴⁶⁰ Se Utkastet s. 65, Bugge s. 90 og Berg s. 89.

⁴⁶¹ Se RG 2004 s. 425 (Oslo) der sted og tidsperioden ble endret.

⁴⁶² Se Ot.prp. nr. 5 (1982-83) s. 36-37 tilsvarende vurdering ved lemping i medhold av § 36.

⁴⁶³ Se også Utkastet s. 93, i tilknytning til leddet da det var absolutt. Hvis andre punktum ikke kommer til anvendelse må virkningene av første punktum være tilsvarende som før endringen.

”forsaavidt” den urimelig vanskeliggjør adgangen til erverv eller strekker seg lengre enn påkrevet. Hele eller kun deler av klausulen kan bli ugyldig.⁴⁶⁴

Ovenfor, under gjennomgangen av vilkåret ”en viss tid etterat”, har jeg konkludert med at andre ledd kun får anvendelse for den delen av konkurranseklausulen som binder arbeidstakeren etter arbeidsforholdets er opphørt.⁴⁶⁵ Det må videre få den virkning at andre ledd ikke setter noen begrensning for arbeidsgiverens mulighet til å forfølge overtredelser av konkurranseklausulen som ble foretatt før arbeidsforholdet opphørte, selv om den etterfølgende delen av konkurranseklausulen er bortfalt i medhold av andre ledd.

12.3 Virkningene etter tredje ledd

Tredje ledd skiller seg fra første og andre ledd ved at det ikke er rom for noen vurdering av hvilke deler av klausulen som er urimelig eller går lengre enn påkrevet. Hvis retten kommer til at arbeidsgiveren ikke hadde rimelig grunn til å si opp arbeidstakeren, eller arbeidsgiveren hadde gitt arbeidstakeren rimelig grunn til å fratre, er virkningen at klausulen ikke ”gjælder”. Det vil si at klausulen i sin helhet faller bort, også hvis den ville vært gyldig etter første og andre ledd. Det samme er lagt til grunn i forarbeidene, hvor det fremgår at dette er en absolutt bestemmelse.⁴⁶⁶ I teorien er det også påpekt at klausulen blir uten virkning hvis den er i strid med tredje ledd.⁴⁶⁷

Også i tilknytning til tredje ledd har jeg konkludert med at leddet kun får anvendelse for den delen av konkurranseklausul som gjelder etter at arbeidsforholdet er opphørt.⁴⁶⁸ Det medfører at heller ikke tredje ledd setter noen begrensning på arbeidsgiverens mulighet til å

⁴⁶⁴ Se avsnitt 12.1.

⁴⁶⁵ Se avsnitt 10.6.

⁴⁶⁶ Se Utkastet s. 95, ”det blir uten virkning, hvis indehaveren ...”

⁴⁶⁷ Se Fougner (1999) s. 233 og Bugge s. 142. Se Langer s. 159 for tilsvarende i Danmark.

⁴⁶⁸ Se avsnitt 11.2.

forfølge overtredelser av konkurranseklausulen som ble foretatt før arbeidsforholdet opphørte.⁴⁶⁹

12.4 Vederlaget

I forbindelse med at klausulen ikke kan gjøres gjeldende, kan det reises et spørsmål knyttet til hva som skjer med det vederlag som eventuelt er avtalt.

Det er ikke noe krav etter § 38 at det skal utbetales kompensasjon for vedtakelsen av en konkurranseklausul. Bestemmelsen regulerer av den grunn heller ikke vederlagets stilling hvis klausulen helt eller delvis er ugyldig.

Spørsmålet er behandlet i forarbeidene. Det skilles der mellom to ulike situasjoner, avhengig av om vederlaget er utbetalt eller ikke. Når det gjelder situasjonen der en konkurranseklausul blir ”kjendt helt eller delvis uforbindende” og vederlaget ikke er utbetalt, ”kan den som forpliktet sig, selvfølgelig ikke forlange det, ialfald ikke i sin helhet, uten samtidig at respektere forbudet”.⁴⁷⁰ Det vil si at den forpliktete må godta å bli bundet av konkurranseklausulen hvis vedkommende skal ha krav på vederlaget etter at klausulen er kjent ugyldig. Dette samsvarer med alminnelige kontraktsrettslige regler om at når ugyldighetsinnsigelser tas til følge, foreligger det ingen plikt for noen av partene til å oppfylle kontrakten, inkludert å betale vederlag.⁴⁷¹ I dansk teori er det også konkludert med at arbeidstakeren ikke kan kreve vederlaget utbetalt hvis klausulen blir kjent ugyldig.⁴⁷²

Hvis en klausul kun kjennes delvis ugyldig, for eksempel ved at bindingstiden reduseres fra to til ett år, vil det ofte være naturlig at vederlaget reduseres tilsvarende.⁴⁷³ Imidlertid kan

⁴⁶⁹ Se tilsvarende for andre ledd, avsnitt 12.2.

⁴⁷⁰ Se Utkastet s. 92. Uttalelsen er gjort i forhold til den første ledd, men bør gjelde for de andre leddene også.

⁴⁷¹ Se Woxholth s. 284.

⁴⁷² Se Langer s. 175-176.

⁴⁷³ Se Paulsen/Sørensen s. 203-204.

forholdene være slik at det at det betales vederlag, kan ha medført at klausulen ikke bortfalt helt. Hvis så er tilfelle, kan dette tilsi at vederlag bør utbetales i sin helhet.⁴⁷⁴

For det tilfelle at det allerede er skjedd en utbetaling, fremgår det av forarbeidene at det ikke kan oppstilles noen alminnelig regel, og hva som skal skje med vederlaget må avgjøres konkret i hver enkelt sak.⁴⁷⁵ Noen typesituasjoner med mulige løsninger kan imidlertid oppstilles. Utgangspunktet bør samsvare med alminnelig kontraktsrett. Det vil si at hvis en klausul kjennes ugyldig, skal det skje en tilbakeføring av ytelsene.⁴⁷⁶ Dette samsvarer med ytelse mot ytelse-prinsippet. Siden vederlaget som regel er penger, taler heller ikke ytelsens karakter mot restitusjon.

Det kan tenkes forhold og hensyn som styrker utgangspunktet eller som taler for at utgangspunktet bør fravikes. Partenes forutsetninger kan variere fra situasjon til situasjon. Hvis situasjonen er den at forpliktete og rettighetshaver er uenige angående gyldigheten av klausulen når utbetalingen av vederlaget skjer og forpliktete velger å ta imot vederlaget, er det naturlig å oppstille et tilbakebetalingskrav. Hvis ikke ville den forpliktete kunne få både i pose og sekk, ved å ta imot vederlaget for en klausul vedkommende mener er ugyldig og i tillegg ikke være bundet av klausulen. Den forpliktete er i denne situasjonen som regel ikke i god tro knyttet til sin rett til vederlaget, og vedkommendes beskyttelsesverdige interesse er svak.

Der vederlaget er ytt på et tidspunkt da arbeidstakeren var i god tro om klausulens gyldighet, for eksempel hvis vederlaget ble utbetalt ved signeringen av klausulen, er situasjonen mer uklar. Da kan det argumenteres for at tilbakebetaling ikke bør skje. Reelle hensyn kan tilsi at rettighetshaveren bør bære risikoen ved innskrenkning av avtalen.⁴⁷⁷ Dette bør særlig kunne gjelde hvis innskrenkningen skyldes arbeidsgiverens mislighold.

⁴⁷⁴ Se Kvalsnes note 9.

⁴⁷⁵ Utkastet s. 92.

⁴⁷⁶ Se Woxholth s. 284-285.

⁴⁷⁷ Tilsvarende i dansk teori se Svenning Andersen s. 796.

Lovforarbeidene utelukker ikke dette ved sine uttalelser om vederlagets stilling. Tilsvarende bør kanskje gjelde hvis konkurranseklausulen bandt arbeidstakeren både under ansettelsen og etter opphøret av ansettelsesforholdet, eller forpliktete har respektert klausulen en periode. Det kan da være vanskelig å avgjøre hvilke deler av vederlaget som er knyttet til den delen som er blitt respektert. Under enhver omstendighet kan det ikke bli tale om full tilbakebetaling. Den forpliktete bør ikke måtte tilbakebetale vederlaget for den perioden vedkommende har respektert konkurranseklausulen.

De hensynene som ligger til grunn for disse vurderingene, kan også komme til anvendelse i andre situasjoner. Avgjørende vil ofte være partenes gode tro og hvem som etter omstendighetene er nærmest til å bære risikoen.

13 Enkelte særlige spørsmål

13.1 Konkurransesklausulers stilling ved midlertidige ansettelser

I tilknytning til midlertidig ansatte kan det reises noen spesielle problemstillinger. For det første om § 38 i det hele tatt gjelder for midlertidige ansatte. Under forutsetning at midlertidig ansatte omfattes, oppstår spørsmålet hvordan avslutningen av arbeidsforholdet forholder seg til tredje ledd når det gjelder oppsigelse og bortfall av konkurransesklausulen.

Første ledd kommer til anvendelse uansett hvem som er part i klausulen, og dette må også gjelde for midlertidig ansatte. Andre og tredje ledd henviser til "ansatt", uten å nevne midlertidig ansatte. Midlertidige ansettelser var vanlig ved avtalovens vedtakelse, og anledningen til å benytte seg av midlertidige ansettelser var ikke begrenset slik den er i dag.⁴⁷⁸ Det tilsier at det ikke var behov for å nevne denne gruppen særskilt for at den også skulle være omfattet. Vernet for de midlertidige ansatte vil være styrket hvis andre og tredje ledd kommer til anvendelse, siden de to leddene styrker vernet for arbeidstakere sammenlignet med første ledd. Det er heller ingen avgjørende grunn for at denne gruppen arbeidstakere skal stå i en annen stilling enn andre ansatte. Konklusjonen blir at også midlertidig ansattes konkurransesklausuler er regulert av hele § 38.

Når det er sagt, så kan det at arbeidstakeren er midlertidig ansatt, påvirke vurderingen. Reelle hensyn kan tilsi en viss skepsis ved vurderingen av klausulen. Midlertidig ansatte er, som det følger av begrepet selv, kun ansatt i virksomheten for en begrenset periode, og det kan da være særlig tyngende med en konkurransesklausul siden det er klart at vedkommende vil måtte bytte jobb etter en viss tid. Hensynet til en viss sammenheng mellom konkurransesklausulen og den tid arbeidstakeren har vært ansatt, kan også tale mot

⁴⁷⁸ Se Evju (2007) s. 145.

oppretholdelsen av konkurranseklausuler overfor den midlertidig ansatte.⁴⁷⁹ På den andre siden vil arbeidstakeren lettere kunne vurdere virkningen klausulen vil kunne ha for fremtiden, siden vedkommende vet når den vil komme til anvendelse.⁴⁸⁰ Arbeidsgiveren kan også ha et berettiget behov for vern overfor de som er midlertidig ansatt. Midlertidig ansatte vil kunne få innsikt i kunnskap som er viktig for virksomheten å verne om, for eksempel ved prosjektansettelser. Dette er forhold det bør tas hensyn til ved vurderingen konkurranseklausulens gyldighet.

Når det gjelder tredje ledd oppstår det en særlig problemstilling i forbindelse med avslutningen av arbeidsforholdet. Hvis den midlertidig ansatte sier opp eller sies opp før det avtalte opphørstidspunktet, må det foretas en alminnelig vurdering etter tredje ledd. Spørsmålet er om også det ordinære opphøret av arbeidsforholdet skal betegnes som oppsigelse. Det vil i så fall føre til at konkurranseklausulen bortfaller, siden det er begrunnet i at arbeidsgiveren ikke har behov for arbeidstakeren lenger. Etter norsk rett blir det en merkelig konstruksjon å si at det foreligger en oppsigelse. Det følger av arbeidsmiljøloven selv at det er tale om et opphør og ikke en oppsigelse.⁴⁸¹ Situasjonen betegnes heller ikke som en oppsigelse i norsk teori.⁴⁸²

Midlertidige ansettelser har vært vurdert både i danske forarbeider og i dansk teori. I forarbeidene er det uttalt at konkurranseklausulen fortsatt vil gjelde for tidsbestemte ansettelser hvis arbeidsforholdet avsluttes på det avtalte tidspunkt.⁴⁸³ I teorien er det blitt argumentert for begge løsninger. Som Langer påpeker vil den konklusjon at det er tale om oppsigelse, medføre at konkurranseklausuler inngått med midlertidig ansatte i seg selv vil

⁴⁷⁹ Se Dege s. 260.

⁴⁸⁰ Se Langer s. 173.

⁴⁸¹ Se § 14-9 (5).

⁴⁸² Se for eksempel Jakhelln (2006) s. 257.

⁴⁸³ Se bemerkningene til det danske utkastet spalte 2813. Tilsvarende i Uttalelsene fra den svenske komiteen s. 164.

være uvirksomme.⁴⁸⁴ Det vil si at ingen konkurranseklausuler inngått med midlertidig ansatte vil kunne stå seg i forhold til tredje ledd, og det er ikke i alle tilfeller en heldig løsning. Som påpekt vil de særlige hensyn som gjør seg gjeldende, kunne ivaretas i første ledd, eventuelt andre ledd, og etter min mening taler ingen andre avgjørende hensyn for at konkurranseklausuler med midlertidige ansatte automatisk skal falle bort. Konklusjonen må bli at konkurranseklausuler inngått med midlertidige ansatte ikke bortfaller ved det normale opphøret av arbeidsavtalen.

13.2 Bestemmelsens preseptoriske karakter

Det kan spørres om § 38 er en preseptorisk bestemmelse, det vil si at partene ikke har mulighet til å avtale seg bort fra den, og hvis partene har gjort det, må denne delen av avtalen settes til side.

På bakgrunn av at § 38 er en bestemmelse som er gitt for å verne den antatt svakere part i et kontraktsforhold, vil det stride mot formålet til bestemmelsen og være lite hensiktsmessig hvis det var tillatt å avtale seg bort fra bestemmelsen på forhånd. Det følger også av forarbeidene at ”adgangen til at gjøre ugyldighet gjældende kan man saaledes selvfølgelig ikke fraskrive sig paa forhaand”.⁴⁸⁵ Det vil for eksempel innebære at det i en konkurranseklausul som er inngått før oppsigelsen, ikke kan være avtalt at klausulen skal være bindende selv om arbeidstakeren har ”rimelig grund” til å fratre. En slik passus, må ses bort fra.

Imidlertid er ikke vernehensynet like fremtredende i alle situasjoner, og i forarbeidene er det åpnet for at deler av bestemmelsen kan fravikes etter oppsigelse. I utkastet uttales det følgende: ”Indgaar derimot nogen paa en slik forpligtelse efter at være eller ha sagt op, eller endog efterat ha fratraadt stillingen, er der ikke det samme behov for beskyttelse (...)

⁴⁸⁴ Se Langer s. 172-175 med henvisning til annen teori.

⁴⁸⁵ Se Utkastet s. 20.

Disse forhold har man derfor ikke tatt med i § 40.”⁴⁸⁶ Dette stemmer også med det som er uttalt tidligere i forarbeidene om at partene ikke på forhånd kan avtale seg bort fra vernet. Er derimot den situasjonen bestemmelsen skal verne mot, oppstått, bør partene kunne velge å regulere situasjonen selv. Arbeidstakeren er da ikke under samme press, og det er lettere å ha oversikt over fremtiden og konsekvensene av klausulen. Dette samsvarer også med alminnelig arbeidsrett og anledningen til å gjøre unntak fra de i utgangspunktet preceptoriske bestemmelsene, jf. arbeidsmiljøloven § 1-9. Det er forhåndsavtaler, før oppsigelsen er skjedd, man er skeptisk til. Etter dette tidspunktet er situasjonen friere.⁴⁸⁷ Høyesteretts uttalelse i Rt. 2006 s.1025 kan trekke i retning av at § 38 (3) ikke er preceptorisk i oppsigelsestilfellene.⁴⁸⁸

Også dansk teori åpner for at avtaler inngått i forbindelse med oppsigelsen kan bli stående selv om den ikke ville vært bindende etter § 38 (2) som tilsvarer vårt tredje ledd. Imidlertid vil denne type klausuler kunne settes til side av andre bestemmelser, som § 38 (1) eller § 36.⁴⁸⁹ Gode grunner taler for at det må skilles mellom første ledd og de øvrige leddene i bestemmelsen. Første ledd henviser til en rimelighetsvurdering, og det bør kreves mye før en kan avtale seg bort fra den type reguleringer. Tilsvarende gjelder for avtaleloven § 36, som man ikke kan avtale seg bort fra.⁴⁹⁰ Det vil si at en avtale om at urimelighetsregelen i første ledd ikke skal gjelde må kunne settes til side, enten med den begrunnelse at en ikke kan avtale seg bort fra bestemmelsen eller i medhold av § 36 ved at en slik passus er urimelig i seg selv. Samfunnshensyn tilsier at det heller ikke bør være mulig å avtale at konkurranseklausuler som går lengre enn påkrevet, skal være bindende. Konklusjonen blir således at etter at en oppsigelse er gitt, kan arbeidstakeren avtale seg bort fra det styrkede

⁴⁸⁶ Se s. 94-95 i tilknytning til § 38 (2). Se også avsnitt 10.5.

⁴⁸⁷ Se Bugge Fougner/Lenth s. 271 og arbeidsrett.no note 2 til § 1-9. Arbeidsmiljøloven § 15-3 er et eksempel på en bestemmelse der det skilles mellom avtaler om kortere oppsigelsesfrister inngått før og etter oppsigelse.

⁴⁸⁸ ”For avtaler om konkurranseforbud som er inngått i forbindelse med oppsigelser, kan det stille seg annerledes.” De fremhever med dette at de ikke har tatt standpunkt til situasjonen ved oppsigelse, bare for tidligere inngåtte avtaler, avsnitt 52. Se også avsnitt 9.3.7.

⁴⁸⁹ Se Wendelboe/Schwarz s. 63-64.

⁴⁹⁰ Ot.prp. nr. 5 (1982-83) s. 40.

vernet i andre og tredje ledd, men at forpliktete alltid kan påberope seg at konkurranseklausulen er ugyldig i medhold av første ledd.

Selv om det er adgang til å avtale seg bort fra deler av § 38, bør det ikke uten videre legges til grunn at partene har gjort dette fordi konkurranseklausulen er inngått etter oppsigelsestidspunktet. Skal det kunne konkluderes med at partene har avtalt seg bort fra bestemmelsen, må begge partene ha kjent til den og hvilket vern den innebærer da avtalen ble inngått. Hvis ikke vil den ene parten kunne utnytte sin kjennskap til lovregelen og oppnå fordeler som ikke er berettiget. Var begge parter derimot ved inngåelsen klar over bestemmelsen og dens virkninger og det kan bevises at det var meningen å avtale seg bort fra den, er det etter min mening ingen vektige grunner som tilsier at dette skal måtte fremgå eksplisitt av en skriftlig avtale.

13.3 Regulering av konkurranseklausuler i standardregler mellom arbeidslivsorganisasjoner

Konkurranseklausuler kan også være regulert i avtaler mellom arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner. Et eksempel på en slik avtale er avtalen mellom TEKNA og NHO. Den inneholder standardregler for hvordan konkurranseklausuler kan anvendes mellom virksomheter og ansatte som begge er medlemmer av organisasjonene. På lik linje med andre konkurranseklausuler må også disse vurderes i forhold til hver enkelt ansatt. For selv om rammeverket er forhandlet frem mellom en arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjon, er eventuelle konkurranseklausuler som inngås på bakgrunn av standardreglene å anse som individuelle avtaler.

Det kan være en fordel at konkurranseklausuler er regulert i standardregler siden de da er fremforhandlet av to presumptivt mer jevnbyrdige parter. Det kan medføre en mer balansert avtale der også hensynene til arbeidstakeren blir fremhevet ved utformingen av vilkårene. Partene kan eksempelvis ha fastsatt en vederlagsplikt. På den andre side er det ikke gitt at virksomheten har et behov for vern eller at konkurranseklausulen ikke er urimelig selv om

avtalen er innenfor rammene av standardreglene. Videre er det ikke sikkert at reguleringen slik den fremgår av standardreglene, er i tråd med lovens mer generelle forståelse.⁴⁹¹

⁴⁹¹ Se for eksempel pkt. IV nr. 1. Regler for gjennomføring av konkurranseforbud i avtalen mellom NHO og TEKNA, "Standardregler vedrørende konkurranseforbud" (2004), der det i merknad 1 fremheves at konkurranseforbudet kan bli stående ved en oppsigelse, hvis oppsigelsen er begrunnet i "Bedriftens ... forhold". Hvis begrunnelsen er bedriftsøkonomiske hensyn så samsvarer ikke det med rettstilstanden etter Rt. 2006 s. 1025. Standardregelen må da anvendes i samsvar med gjeldende rett.

14 Avslutning

Paragraf 38 er preget av at den snart er 90 år gammel. Det er knyttet usikkerhet, til både bestemmelsens anvendelsesområde og til om den enkelte konkurranseklausul vil gå klar av bestemmelsen eller ikke. Antall tvister knyttet til konkurranseklausuler som har vært oppe for domstolene, viser også dette er en type avtale som ofte er kilde til konflikt. På den andre side viser både det store antall konkurranseklausuler og mengden konflikter at det åpenbart er behov for en bestemmelse som regulerer konkurransklausuler.

Både tiden som har gått, samfunnsendringene og usikkerhet rettslig tilsier at det fra lovgiverhold bør vurderes om det bør foretas en lovrevisjon av reguleringen av konkurranseklausuler. Det bør i så fall vurderes om det skal innføres en særlig bestemmelse for konkurranseklausuler som er inngått i et arbeidsforhold, med klarere grenser for hvilke typer vilkår en konkurranseklausul kan inneholde. Dette er blitt gjort i Danmark for funksjonærene.⁴⁹²

En slik lovrevisjon ble trolig vurdert av Arbeidslivslovutvalget i forbindelse med arbeidet med ny arbeidsmiljølov. Utvalget fikk utarbeidet et arbeidsnotat,⁴⁹³ men uten at dette førte ikke til noe lovendringsforslag. For konkurranseklausuler som inngås i tilknytning til salg av foretak, er partene som regel mer jevnbyrdige og bør ha en større frihet til selv å fastsette grensene. En bestemmelse lignende § 38 (1), fremstår i disse situasjonene derfor fortsatt en velfungerende regulering.

⁴⁹² Funktionærloven § 18.

⁴⁹³ Se Borch – arbeidsnotat til Arbeidslivslovutvalget med lovendringsforslag.

15 Litteraturliste

Adlercreutz/Flodgren Adlercreutz, Axel og Boel Flodgren *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse* Lund, 1992.

arbeidsrett.no Jakhelln, Henning og Helga Aune (red.) *arbeidsrett.no Kommentarer til arbeidsmiljøloven* 2. utgave Oslo, 2006.

Andersen Andersen, Kristen *Fra arbeidslivets rett* Oslo, 1967.

Andenæs Andenæs, Mads Henry *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper* Oslo, 2006.

Berg Berg, Paal *Arbeidsrett* Oslo, 1930.

Bergeius Andersen (2001)

Bergeius Andersen, Kari *Bindingstid og incentivordninger. Hvordan holde på kunnskap virksomheten har investert i?* I: Tidsskrift for Forretningsjus 2001, s. 273- 281 [Elektronisk artikkel, URL: <http://www.idunn.no/> sitert - 10.04.2007].

Bergeius Andersen (2002)

Bergeius Andersen, Kari *Karensklausuler* I: Tidsskrift for Forretningsjus 2002, s. 139-155.

- Bergeius Andersen (2005)
- Bergeius Andersen, Kari *Forbud mot konkurranse når en medarbeider fratrer*. I: Advokatbladet mars 2005, s. 42-49.
- Boe
- Boe, Erik *Innføring i juss – Juridisk tenkning og rettskildelære* Oslo, 1996.
- Borgerud
- Borgerud, Ingeborg Moen *Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 16-1 og § 16-2*, www.rechtsdata.no [URL: <http://www.rechtsdata.no/> sitert-12.1.2008].
- Borch
- Borch, Alex *Lojalitetsplikt og konkurranseklausuler – Arbeidsnotat til Arbeidslivslovutvalget* Upublisert.
- Borch/Fougner
- Borch, Alex og Jan Fougner *Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver*. I: Lov og Rett 2000 s. 67-100.
- Bugge
- Bugge, Nicolay L. *Avtaleloven (Lov om avslutning av avtaler om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer av 31.mai 1918) med motiver og henvisninger* 3. utgave Oslo, 1949.
- Bugge Fougner/Lenth
- Bugge, Else Fougner og Claude A. Lenth *Noen betraktninger om avtaleloven § 38 I*: Arbeidsrett 2006, s. 265-273 [Elektronisk artikkel, URL: <http://www.idunn.no/> sitert - 20.02.2007]
- Carlsen
- Carlsen, H.G. ved Danielle Buhl, *Dansk Funktionær Ret* 7. udgave København, 2003

Christiansen	Christiansen, Mette Langborg <i>Ansættelsesretlige emner i insolvensretten</i> København, 2005
Dege	Dege, Jan Tormod <i>Arbeidsrett. Rettigheter og plikter i arbeidsforhold</i> Oslo, 2003
Eftestøl	Eftestøl, Ellen J. <i>Agenturloven med kommentarer</i> Oslo, 1998
Eckhoff	Eckhoff, Torstein og Jan Helgesen <i>Rettskildelære</i> 5.utgave Oslo, 2001
Evju (2003)	Evju, Stein <i>Arbeidsrett og styringsrett - et perspektiv I: Arbeidsrett og arbeidsliv</i> Bind 1 (2003), s. 3-32.
Evju (2006)	Evju, Stein <i>Reservasjonsrett og valgrett under et nytt regime I: Arbeidsrett</i> 2006 s. 209-231.
Evju (2007)	Evju, Stein <i>Permittering og trygd : Trekk av rettsutviklingen I: Arbeidsrett og arbeidsliv</i> Bind 2 (2007) s. 135-184.
Fahlbeck	Fahlbeck, Reinhold <i>Lagen om skydd för företagshemligheter – En kommentar och rättsöversikter</i> 2. utgave Stockholm, 2004
Fanebust	Fanebust, Arne <i>Innføring i arbeidsrett, Den individuelle del</i> 2. utgave Oslo, 2002
Fleischer	Fleischer, Carl August <i>Rettskilder og juridisk metode</i> Oslo, 1998
Fougner (1999)	Fougner, Jan <i>Arbeidsavtalen – utvalgte emner</i> Oslo, 1999

- Fougner (2007) Fougner, Jan *Endring i arbeidsforhold – styringsrett og arbeidsplikt* I: Arbeidsrett 2007 s. 126- 136 [Elektronisk artikkel, URL: <http://www.idunn.no/> sitert -02.11.2007]
- Fougner/Holo Fougner, Jan og Lars Holo *Arbeidsmiljøloven Kommentarutgave* Oslo, 2006
- Fougner m.fl. Fougner, Jan ...[et al.] *Omstilling og nedbemanning* Oslo, 2003
- Haaskjold Haaskjold, Erlend *Kontraktsforpliktelser* Oslo, 2002
- Hasselbalch Hasselbalch, Ole *Arbeidsretten 2. bind: Ansættelsesretten* 3. utgave København, 2002
- Hagstrøm Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett* Oslo, 2003
- Homble Homble, Runar *Konkurransesklausuler* I: Arbeidsmiljø nr. 7. november 2005.
- Jakhelln (1996) Jakhelln, Henning *Fjernarbeid - Noen sentrale rettsspørsmål ved nyere former for hjemmearbeid og arbeid utenfor arbeidsgivers øvrige virksomhet* I: Complex 5/96 (Opptrykt i Henning Jakhelln, *Arbeidsrettslige studier II* Oslo, 2000; s. 1066 - 1196 Sidehenvisningen i avhandlingen her er til dette opptrykket.)
- Jakhelln (2006) Jakhelln, Henning *Oversikt over arbeidsretten* 4. utgave Oslo, 2006
- Johnsen/Gimmingsrud

- Johnsen, Stig Åkenes og Kari Gimmingsrud, *Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 15-7*, www.arbeidsrett.no [URL: <http://www.arbeidsrett.no/> sitert -12.1.2008]
- Klingsten Klingsten, Mette *Ansættelsesrettlige aspekter af virksomhedsoverdragelse* København, 2002
- Kvalsnes Kvalsnes, Trond Erik *Kommentarer til avtaleloven § 38*, www.arbeidsrett.no [URL: [http:// www.arbeidsrett.no/](http://www.arbeidsrett.no/) sitert- 1.3.2008]
- Langer Langer, Morten under medvirkning av Yvonne Frederiksen *Konkurrence- og kundeklausuler* 3. utgave København, 2006
- Løchen/Grimstad Løchen, Torvald C. og Amund Grimstad *Markedsføringsloven Kommentarutgave* 7. utgave Oslo, 2003.
- Nazarian Nazarian, Henriette *Lojalitetsplikten i kontraktsforhold* Oslo, 2007
- Nerdrum/Hardeng Nerdrum, Per Kaare og Kjetil Hardeng *Forhåndsavtale med øverste leder. Omsider fritt frem, men for hvem?* I: Arbeidsrett 2004 s. 66-74. [Elektronisk artikkel, URL: <http://www.idunn.no/> sitert - 28.9.2007]
- Nygaard Nygaard, Nils *Rettsgrunnlag og standpunkt* 2. utgave Bergen, 2004
- Paulsen/Sørensen Paulsen, Jens og Niels Sørensen *Konkurrence– og kundeklausuler & andre erhvervsbegrænsende aftaler* København, 2000

- Poulsen Poulsen, Sune Troels *Loyalitetspligt & erhvervsforbud*
København, 1991
- Skoghøy Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvistemål* 2. utgave Oslo, 2001
- Svenning Andersen Andersen, Lars Svenning *Funktionærret* 3. utgave København, 2004
- Wendelboe/Schwarz Wendelboe, Erik Christiansen og Finn Schwarz
*Konkurrencebegrænsningsaftaler i ansættelsesretten – konkurrence-
og kundeklausuler* Albertslund, 1999
- Woxholth Woxholth, Geir *Avtalerett* 6. utgave Oslo, 2006
- Zethræus Zethræus, Sten *Konkurrensklausuler i anställningsavtal - särskilt
vid kunskapsföretag; ett försök till rättslägesbeskrivning* I: Festskrift
till Hans Stark, Stockholm, 2001 s. 397-411.

16 Lovregister

16.1 Norske lover

NL	Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687
Straffeloven	Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10
Kommisjonsloven	Lov om kommisjon av 30. juni 1916 nr. 1
Avtaleloven	Lov om avslutninger av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr. 4
Markedsføringsloven	Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår av 16. juni 1972 nr. 47
Dekningsloven	Lov om fordringshavernes dekningsrett av 8.juni 1984 nr. 59
Agenturloven	Lov om handelsagenter og handelsreisende av 19. juni 1992 nr. 56
Konkurranseloven	Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger av 5. mars 2004 nr. 12.
Arbeidsmiljøloven	Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr. 62

16.2 Opphevede norske lover

Fabrikktilsynsloven (1909) Lov om Tilsyn med arbeide i fabriker m.v. av 10. september 1909

Arbeiderbeskyttelsesloven (1915)

 Lov om Arbeidsbeskyttelse i industrielle virksomheter av 18. september 1915

Arbeidervernloven (1936) Lov om arbeidervern av 19. juni 1936

Gamle konkurranse-loven Lov om konkurranse i ervervsvirksomhet av 11. juni 1993 nr. 65

16.3 Danske lover

[<https://www.retsinformation.dk/>]

Aftaleloven LBK nr. 781 af 26. august 1996 Lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område

Virksomhedsoverdragelse

 LBK nr. 710 af 20. august 2002 Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse

Funktionærloven LBK nr. 68 af 21. januar 2005 Lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer

Konkursloven LBK nr. 1259 af 23. oktober 2007 Konkursloven

16.4 Svenske lover

Avtalslagen	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.
-------------	--

16.5 EU-direktiver

Rdir. 86/653/EØF	Rådsdirektiv av 18. desember 1986 om samordning av medlemsstatens lovgivning om selvstendige handelsagenter [Agentdirektivet]
------------------	---

Rdir. 2001/23/EF	Rådsdirektiv av 12. mars 2001 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, virksomheter eller deler av foretak eller virksomheter.
------------------	---

17 Forarbeider

17.1 NOU

NOU 1979: 32 NOU 1979: 32 Formuesrettslig lempingsregel.

17.2 Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr. 63 (1917) Ot.prp. nr. 63 (1917) Om utfærdigelse av en lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer.

Ot.prp. nr. 5 (1982-83)

Ot.prp. nr. 5 (1982-83) Om loven om endringer i avtaleloven 31. mai 1918 nr. 4, m m (generell formuerettslig lempingsregel).

Ot.prp. nr. 79 (2000-2001)

Ot.prp. nr. 79 (2000-2001) Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
(virksomhetsoverdragelse m.m.) [url: <http://www.lovdata.no/>]

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004)

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger
(konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven).

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) [url: <http://www.lovdata.no>]

17.3 Innstillinger fra Stortinget

Indst. O. IX. (1918) Indst. O. IX (1918) Innstilling fra justiskomite nr. 1 angaaende lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer

17.4 Andre forarbeider

Utkastet Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade (Avgitt av de norske delegerte ved det skandinaviske obligationsretsarbeide 31. desember 1913 Kristiania)

Konkurranselovkomiteen

Innstiling fra Konkurranselovkomiteen (Otta 1966) til Lov av 16.juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring.

Innstillingen fra kommisjonsutvalget

Innstilling om endringer i Lov om kommission, handelsagentur og handelsreisende av 30.juni 1916, avgitt i september 1970

17.5 Danske forarbeider

Bemerkninger til det danske utkastet

Tillæg A til Riksdagtidenden 69de ordentlige Samling 1916-17 II,
Spalte 2661-2878 København, 1917

17.6 Svenske forarbejder

Uttalelsene fra den svenske komiteen

Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på
förmögenhetsrättens område, Lag om avbetalningsköp m.m.
Avgivna den 31.januar 1914, Stockholm

Proposition nr. 83 Nr. 83 Kungl. Maj:ts nådiga proposition till riksdagen med förslag
till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens
område m.m.; given Stockholms slott den 19. mars 1915.

Prop. 1975/76:81 Regeringens proposition 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen
(1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på
förmögenhetsrättens område, m.m.

Ds 2002: 56 *Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv* Stockholm, 2002

18 Doms – og kjennelsesregister

18.1 Norske avgjørelser

18.1.1 Høyesterett

Rt. 1916 s. 977

Rt. 1921 s. 73

Rt. 1929 s. 433

Rt. 1964 s. 238

Rt. 1988 s. 276

Rt. 2001 s. 301

Rt. 2006 s.1025

Rt 2007 s. 817

18.1.2 Rettens Gang

RG 1939 s. 300 (Sør- Hedmark)

RG 1964 s. 549 (Nes)

RG 1980 s. 84 (Frostating)

RG 1980 s. 1070 (Hadeland og Land)

RG 1983 s. 432 (voldgift)

RG 1989 s. 548 (Oslo namsrett) (= NAD1988 s. 1259)

RG 1991 s. 1186 (Hålogaland)

RG 1994 s. 587 (Agder)

RG 1996 s. 383 (Hålogaland)

RG 1996 s. 1241(Oslo byrett)

RG 1996 s. 1566 (Borgarting)

RG 2000 s. 1092 (Borgarting)

RG 2001 s. 253 (Borgarting)

RG 2004 s. 425 (Oslo)

RG 2004 s. 641 (Gulating)

18.1.3 Norsk arbeidsrettslig domssamling

NAD 1988 s. 1159 (Oslo)

18.1.4 Lagmannsrettene - utrykte

LE-1987-177

LE-1992-318

LG-1992-950

LE-1993-1612

LB-1995-1050

LB-1995-2739

LE-1996-362

LF-2000-605

LB-2000-824

LB-2000-3622 (Rt. 2001 s. 301)

LB-2001-139

LB-2002-2780

LH-2002-1071

LH-2003-132

LA-2004-1961

LB-2004-2104

LB-2004-7364
LB-2004-12006
LB-2004-96513
LB-2005-189
LB-2005-1064
LB-2005-89767
LB-2005-117741 (Rt. 2007 s. 817)
LE-2005-161292
LG-2006-92490
LB-2006-44613 (Rt. 2006 s. 1025)

18.1.5 Tingrettene – utrykte

TOSLO-2003-3724
TOSLO-2004-78614
TOSLO-2005-64682
TFJOR-2006-25701

18.2 Danske avgjørelser

U.1968.117S
UfR.1999.66H
U.2000.2536/2Ø